

كلية
الشريعة والقانون



عدد خاص

بأعمال ندوة

« نحو ثقافة شرعية قانونية موحدة »

التي عقدتها كلية الشريعة والقانون في الفترة

٨ - ١٠ شوال ١٤١٤هـ

٢٠ - ٢٢ مارس ١٩٩٤م





جامعة الإمارات العربية المتحدة

كليـــة الشريعـــة والقانـــون

عدد خاص

بأعمال ندوة

« نحو ثقافة شرعية قانونية موحدة »

والتي عقدتها كلية الشريعة والقانون في الفترة

٨-١٠ شوال ١٤١٤هـ

٢٠-٢٢ مارس ١٩٩٤م



بسم الله الرحمن الرحيم

- {{ يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ ءَامَنُواْ منكُمْ وَالَّذِينَ أُتُواْ الْعِلْمَ دَرَجتٍ }} -

صدق الله العظيم

الجلسة الإفتتاحية

- تلاوة من أيات الذكر الحكيم .
- كلمة معالي وزير التعليم العالي والبحث العلمي الرئيس الأعلى للجامعة .
- كلمة الأستاذ الدكتور مصطفى محمد الجمال عميد كلية الشريعة والقانون .
- كلمة الأستاذ الدكتور أحمد كمال أبو المجد



نص كلمة سمو الشيخ نهيان بن مبارك آل نهيان
وزير التعليم العالي والبحث العلمي - الرئيس الأعلى للجامعة

الحمد لله ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ،
ضيوفنا الكرام ،
أيها الإخوة والأخوات ،
السلام عليكم ورحمة الله وبركاته ،

يطيب لي في البداية ، أن أرحب بكم جميعاً ، وأن أحيّي السادة المشاركين في هذه الندوة الهامة ، التي أعتبرها أساس عمل جاد ، لفتح قنوات الحوار وإجراء النقاش ، بل وتبادل وجهات النظر ، حول سبل تطوير دراسة الشريعة والقانون ، في جامعاتنا العربية بوجه عام ، والاطلاع على تجربة جامعة الإمارات العربية المتحدة ، على نحو خاص .

إن طرح هذا الموضوع للبحث والدراسة ، إنما يسهم - ولاشك - في حلّ كثير من قضايا الثقافة الشرعية والقانونية ، كما أنه يؤدي إلى أن نضع أيدينا على مظاهر الازدواجية بين الثقافتين ، حال وجودها ، ويدفع في الوقت ذاته ، إلى تحقيق نوع من التكاملية المرغوبة والمطلوبة ، بما يدعم المناهج الدراسية ، ويعزّز درجات التعمق في البحث ، على نحو أشمل .

وإذا كان هذا الأمر - أيها الإخوة والأخوات - يلقي قدراً من الاهتمام المعاصر في مجتمعاتنا العربية ، بحكم ارتباطه بعصب الحياة فيها ، فإنه في دولة الإمارات العربية المتحدة ، يكتسب أبعاداً أكثر ، تجعله يحظى باهتمام خاص ، من صاحب السمو الوالد ، الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان رئيس الدولة - حفظه الله - انطلاقاً من تأكيد سموه ، على دور الشريعة الإسلامية

ومكانتها، في النظام القانوني بالدولة ، وسعيه الدائم ، في الحفاظ على النظام الاجتماعي العام ، الذي يستهدف بالدرجة الأولى ، تحقيق مصالح الفرد والمجتمع، في إطار أمن الوطن والمواطن على حد سواء .

أيها الإخوة والأخوات :

إننا حين نتحدث في هذه الندوة ، عن ثقافة شرعية قانونية : تتوحّد أو تتكامل ، فإنه ينبغي ، أن تكون لدينا مجموعة من الأسس التي ننطلق منها . وفي مقدمتها بالطبع ، ارتباط الشريعة الدائم بالواقع ، ومسايرتها كافة أشكال الحياة في المجتمع . فالشريعة الإسلامية - بمفهومها الأعم الشامل - الذي يتضمن الأحكام الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ، بما يتبعهما من مسائل الفقه واجتهادات العلماء ، كانت وستظل دائماً ، عميقة الصلة بكيان المجتمع الإسلامي ، على اختلاف أدواره وأطواره ، كما كان نبضُها ولايزال ، حياً متجدداً ومتصلاً ، تجاه شتى التطورات والتحديات ، فكان علماء الشريعة دائماً، من ذوي الثقافة الموسوعية ، على وعي كامل بتحديد المشكلات الناجمة في المجتمع ، وإيجاد الحلول المناسبة لها .

نقطة أخرى أعتقد أنها لا تغيب عن بال الكثيرين ، وهي أنه إذا كان ديننا الحنيف ، يدعو إلى خلق مجتمع متآلف ، يسود فيه الوفاق ، ويعمّ خلاله العدل والسلام الاجتماعي ، وتحُلُّ به الوحدة والتضامن ، من خلال تطبيق قواعد الشريعة ، ومايرتبط بها من آراء واجتهادات ، فإن القوانين الوضعية كذلك ، إنما يُفترض أنها ظهرت لتزكية هذه الأهداف ذاتها ، من وفاق وسلام وعدل ووحدة، ولعل ذلك ، هو مايدعو إلى أن تكون هذه القوانين في بلادنا ، جزءاً متمّماً للفقه الإسلامي ، وامتداداً مسايراً له .

إنه برغم وضوح هذه الحقيقة ، فقد سار كلٌ من التعليم الشرعي والتعليم

القانوني في بلادنا ، ولفترة طويلة ، في خطين متوازيين ، مما أدى إلى نشأة نوع من الازدواجية ، في وجود ثقافة شرعية ، لها علماؤها ومناهجها ، والمتخصصون فيها ، وثقافة قانونية ، لها هي الأخرى ، رجال وبرامج ومتخصصون . وهنا يكمن المطلوب الذي تدور حوله هذه الندوة ، والذي يتمثل في إعادة تشكيل النظام التعليمي ، الذي يقوم عليه تدريس الشريعة والقانون ، في الجامعات العربية .

إن ذلك أيها الإخوة والأخوات ، إنما ينطلق من حاجتنا الماسة ، إلى إعداد متخصصين مؤهلين : قادرين على النظر في مشكلات المجتمع وإيجاد الحلول لها ، من منطلق أصالة والزامية التشريع الإسلامي ، وفي إطار الواقع العالمي والمحلي، الذي تتأثر به حياتنا المعاصرة .

من أجل ذلك كله ، تأتي أهمية هذه الندوة ، ونحن بصدد تطوير الدراسة في كلية الشريعة والقانون ، بجامعة الامارات العربية المتحدة - نستهدف بهذا التطوير ، من خلال البحث الواعي ، والدرس الهادف ، والمشاورة الخالصة المخلصة ، إعداد أجيال من الكفاءات القانونية الوطنية ، ممن يجمعون إلى جانب المعرفة والدراية الكاملة بفقه الشريعة ، إحاطة مستوعبة بالقانون : بإمكانهم معالجة المسائل الشرعية والقانونية ، في إطار اتساقها مع الواقع الاجتماعي المتغير ، طبقاً لاجتهادات فقهية ، تتسم بشمولية النظرة وتكاملية المنهج . إن ذلك من شأنه ، أيها الإخوة والأخوات ، أن يدفع بالقضاء الوطني خطوات إلى الأمام ، كما أنه يؤهل رجل القانون ، ليكون دوماً متّميزاً في صياغة النصوص ، واقتراح النظم المناسبة ، فضلاً عن إثراء المكتبة الشرعية والقانونية ، والإسهام في تحقيق نهضة تشريعية رشيدة .

إننا في جامعة الإمارات العربية المتحدة ، لدينا قناعة أكيده ، بأن

السبيل إلى تحقيق مانستهدفه ، إنما يكمن في اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة ، لإزالة الحواجز القائمة : مايتعلق منها بالأمور المنهجية ، المتصلة بطبيعة المساقات الدراسية وأهدافها ومحتوياتها ، وطرق تدريسها ووسائل تقويمها ، وحتى مناهج البحث والتأليف فيها ، أو كانت أموراً ترتبط بالمسائل الإجرائية ، كتنظيم الأقسام العلمية في كلية الشريعة والقانون ، وحفز الاهتمام إلى تشجيع العمل المشترك ، بين أعضاء هيئة التدريس في هذه الكلية ٠

كل ذلك - أيها الإخوة والأخوات - أمور أود أن تكون أمامكم ، وأن تكون محل نظر ودراسة ، عند إعداد توصياتكم ومقترحاتكم ، حتى نستطيع فعلاً أن نحقق أهدافنا وطموحاتنا ٠

أيها الإخوة والأخوات :

مرة أخرى ، أحييكم وأرحب بكم ، وأشكر لكم جهودكم الصادقة ، وآمل أن تكون هذه الندوة الرائدة ، بداية طيبة ، لخطة عمل نلتف حولها ، ونسعى جاهدين إلى تحقيقها ، والله يوفقكم ٠

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته ٠

كلمة الأستاذ الدكتور / مصطفى محمد الجمال

عميد كلية الشريعة والقانون

سمو الشيخ نهيان بن مبارك آل نهيان وزير التعليم العالي والبحث العلمي ، الرئيس الأعلى للجامعة . سعادة الدكتور يحيى العزبي مدير الجامعة بالانابة . ضيوفنا الكرام .

لعل العنوان الذي اخترناه لندوتنا يكشف عن المعنى الذي تحمله ويشير إلى الأهداف التي نتطلع إليها من ورائها . لقد أردنا في الحقيقة أن تكون هذه الندوة تعبيراً عن المسيرة العلمية التي اختطتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الامارات العربية المتحدة وعلما على الرسالة التي تتبناها . وقد وضعنا نصب أعيننا أن تكون خطوة على طريق تنفيذ المسيرة ، وتحقيق الرسالة والدعوة لها ونشرها في عالمنا العربي والإسلامي ، مؤمنين بأننا نواجه مشروعاً ثقافياً حضارياً ، عميق الأثر ، يهم كل عربي وكل مسلم مؤمن بتراثه ومبصر بمستقبله .

إن تلاقي الثقافات والحضارات سنة من سنن الكون ، تؤكدها وقائع التاريخ . تتصل الأمم والشعوب ، حرباً أو سلماً ، فتنفتح الأبواب والنوافذ أمام مالدى الآخرين من جديد في سبل العيش وشئون العلم والفكر والتنظيم والتشريع ، ويكون التنازع بين الجذور المتأصلة في كل ذلك وبين الروافد الوافدة ، ثم التعايش بينها ، ثم استيعاب أحدها للآخر أو ذوبانه فيه . هكذا كان التقاء الاسلام عقيدة وشريعة بحضارات وثقافات الأمم التي غشيها ، وكان التقاء الثقافة والحضارة الاسلامية بثقافة وحضارة الغرب على أرض القارة الأوربية في القرون الوسطى . وهكذا تتطور العلاقة بين الثقافة والحضارة الاسلامية وبين الثقافات والحضارات الرائدة في عالمنا المعاصر ، على أرض الإسلام والعروبة .

في أواخر القرن الثامن عشر انفتح العرب والمسلمون على عالم طَوَّرَ أسباباً جديدة للحياة وآليات غير معهودة لضبطها وتنظيمها . وبمرور الزمن قامت لدينا ثقافة قانونية وافدة تزاحم الثقافة الشرعية الإسلامية ، وصار العالم العربي والإسلامي يعاني من وجود ثقافتين حقوقيتين احداهما وافدة لها سلطان الدولة والأخرى أصيلة لها سلطان العقيدة .

وخلال القرن العشرين اتجهت الثقافتان إلى التعايش ، على نحو ظهر أثره واضحاً في الدراسات المعنية بالمقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي ، وفي حركة تقنين الفقه الإسلامي في كثير من البلاد العربية ، وفي إنشاء كليات جامعية تجمع مناهجها بين دراسة الشريعة الإسلامية ودراسة القانون .

ومع إطلال القرن الواحد والعشرين نجد أنفسنا أمام تحد جديد هو توحيد الثقافة الحقوقية المعاصرة تحت مظلة الشريعة الإسلامية ، والسعي لاستنباط المعايير والآليات الكفيلة بتحقيق هذا الهدف ، إستهداءً بما قام به السلف الأول عندما وجدوا أنفسهم أمام وقائع لا عهد لهم بها وحاجات لم يألفوها وعلوم لم تكن لهم ، فاستفادوا في مواجهتها من تجارب الأمم التي دخلت تحت راية الإسلام ، وصارت هذه التجارب - بعد اخضاعها للمقاييس الإسلامية - جزءاً لا يتجزأ من كيان الفقه الإسلامي .

أيها الجمع الكريم ...

هذه هي الرسالة التي تتبناها كليتنا . والتي دعوناكم لتدارس مختلف جوانبها وماتتطلبه من تغييرات في هياكل التعليم والبحث العلمي في كليات الشريعة والقانون وخططها الدراسية . أسأل الله أن يلهمكم الصواب وأن ينفع الأمة بعلمكم وجهدكم .

وقبل أن أدعوكم إلى تدارس موضوعات ندوتكم ، أتوجه باسمكم بأسمى آيات التحية والتقدير لسمو رئيس الدولة الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان ، وأتقدم باسمي وباسم الكلية بالشكر الجزيل لسمو الشيخ نهيان بن مبارك آل نهيان وزير التعليم العالي والبحث العلمي الرئيس الأعلى للجامعة . الشكر أولاً لدوره الرائد في توجيه مسيرتنا العلمية . والشكر ثانيا لما يقدمه من دعم يومي مستمر لخطوات تنفيذها . والشكر ثالثا لرعايته لندوتكم هذه.

كما أتقدم بالشكر لكم جميعاً على مشاركتكم لنا في هذا الحدث الهام . وأخص بالشكر أولئك الذين لبوا دعوتنا من خارج الدولة على مابذلوه من جهد في إعداد البحوث وتجشم عناء الحضور .

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاتـه ،،،



كلمة الأستاذ الدكتور أحمد كمال أبو المجد

وزير الإعلام والثقافة السابق بجمهورية مصر العربية

أستاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة القاهرة

سمو الشيخ نهيان بن مبارك آل نهيان وزير التعليم العالي والبحث العلمي الرئيس الأعلى للجامعة .

أخي وصديقي الأستاذ الدكتور يحيى العزبي مدير الجامعة بالانابة .

أخي وصديقي الأستاذ الدكتور مصطفى الجمال عميد كلية الشريعة والقانون .

سادتي العلماء : مثلنا من أهل الجامعة حين يبدأ حديثه وفي القاعة أعلام يجلس منهم مجلس التلميذ من الأستاذ ، مثلنا في مثل هذا المقام يتجنب الإطالة، ويلتزم الحذر الشديد خصوصاً حين يكون موضوع هذه الندوة أمراً بالغاً الدقة ، بالغ الصعوبة ، لأنه ينطوي على مبادرة جسور وجه إليها وصمم عليها سمو الشيخ نهيان بن مبارك آل نهيان ، وأنا هنا لا أتحدث حديث المجامل ، وإنما إستدعيت يوماً لأشارك في الإعداد لهذه المبادرة الجسور فوجدته على خط واضح لا يحيد عنه أحاوره في موضوع فيعود إلى الموضوع ، تذكر حجة فيصر على القضية وهي أن الثقافة القانونية لدولة الامارات وفي تقديره وللدول العربية الاسلامية ينبغي أن تكون في إطار الشريعة الإسلامية دون انفصام ولا انفصال انطلاقاً من رؤية هي عند أهل العلم صحيحة ، وهي أن الشرائع كلها تبتغي مصالح الناس وأن شريعة الله الكاملة الخالدة تدور تكاليفها كلها على تحقيق مقاصدها في الخلق ، وهذه المقاصد تتصل إبتداء وانتهاء بمصالح الناس لقوله تعالى :" ياأيها الناس أنتم الفقراء إلى الله والله هو الغني الحميد " .

في إطار هذا التوجه كان ماكان مما نلتقي هذه الأيام لمناقشته ووضع تفاصيله

وليست جلسة الافتتاح أنسب الجلسات للحديث المستفيض ، وإنما رأيت أن أقول كلمات قليلة في الإطار الذي يجري فيه هذا اللقاء .

أمتنا العربية وأمتنا الإسلامية والعالم كله على مفترق طرق لايملك أحد كائناً من كان أن يدير أموره المحلية أو الخاصة ناسياً مايجري من حوله في العالم ، العالم على مفترق طرق لأن ثورات عديدة في علوم الانتقال ، وفي علوم الاتصال ، وفي العلوم التجريبية الانسانية أعقب بعضها بعضاً بما يسميه العلماء متوالية هندسية فتراكمت آثار ، وسقطت فجأة ثمار ، ونبتت نباتات جديدة ، انهارت دول، انهارت فلسفات ، انهارت أبنية اقتصادية وتهيأت أنظمة أخرى للظهور ولكن أخص مايميز هذه المرحلة هو انهيار الحواجز الفاصلة بين الشعوب ، وتراجع الحواجز الفارقة بين الثقافات ، كل الناس يقابل كل الناس ، كل الثقافات تصب عند أصحاب ثقافة أخرى ، لم يعد أحد يملك أن يبني حول نفسه سوراً من حديد أو من حرير أو مما شئت ويقول أنا وحدي أدير أموري بعيداً عن العالم ، والمسلمون ليسوا استثناءً من هذه السنة، لأنهم لم يكونوا ولن يكونوا استثناء من سنن الله في خلقه :" ليس بأمانيكم ولا أماني أهل الكتاب من يعمل سوءاً يجزيه " .

فهذه السنن جارية علينا جريانها على غيرنا ، فماذا كانت النتيجة كانت النتيجة أن أمتنا تعيش في حيرة، سأستعمل لفظاً قاسياً في حيرة قاتلة ، لأنها حيرة إذا استمرت فإنها تقتل ، وتمثلت هذه الحيرة في إن إطارها الداخلي ليس على حال انسجام ولا اتساق وإنما فيها إنشطار ثقافي ، وما الازدواجية التشريعية إلا مظهراً واحداً من مظاهر هذا الانشطار الثقافي ، ولو أن الأمر كان أمر تعدد لقلنا أن في التعدد غني ، وقديماً قيل إن اختلاف العلماء رحمة بحيث يوسع هذا في أمر، ويوسع ذاك في أمر ويختار الناس في دائرة ماينفع وما تصلح به الأمور ، ولكن الأمر تحول في السنوات الأخيرة من تعدد إلى انقسام ، ومن انقسام إلى

انشطار ومن إنشطار إلى انحياز وحرب أهلية ثقافية بكل ما تحمله الحرب من معان حتى صارت الأسلحة الجائزة وغير الجائزة تستخدم في هذه الحرب الأهلية الثقافية .

هل يتصور أن تقدر أمة على بناء نهضة أو على مواجهة تحد أو على منازلة عدو وبأسها بينها شديد ، وجهدها كله يكاد يكون مستغرقاً في هذه الحرب الأهلية ، الداخلية التي تبرد حيناً وتسخن أحياناً أخرى .

من هنا كانت قضية إعادة الوحدة الثقافية عقلاً ووجداناً هي ركن الأركان ، والبداية السليمة لكل اصلاح ولكل نهضة .

والانشطار الثقافي كارثة والإنشطار التشريعي هو قمة هذه الكارثة ، لأن الثقافة قد تكون أفكاراً وقيماً قد لا تأتي أكلها في حين أو تؤتيه بعد حين ، أما التشريع حين ينشطر فإن الانسان الفرد يواجه كل يوم مائة مرة بمواقف متناقضة ، هذا يقول له إلى يمين ، وذاك يقول له إلى شمال ، هذا يحاسبه بمعيار ، وذاك يحاسبه بمعيار ، هذا يستأديه شيئاً وهذا يكرر الاستأداء ، وهكذا يعيش الانسان العربي المسلم لا يدري من يحكمه ، أي شريعة تسوسه ، واجباته والتزاماته وطاعته يوجهها هنا أم يوجهها هناك ناهيك إذا وقع التناقض والتعارض والتصادم - هذا يقول افعل وذاك يقول لا تفعل ، هذا يقول هذا حلال ، وذاك يقول هذا حرام ، وقد يصطرع المفتون ويهلك المستفتون .

من هنا فإن قضية التوحيد التشريعي هي خطوة هامة على طريق الوحدة الثقافية ولكنها أيضاً خطوة عاجلة ، والثقافة القانونية ليست مجرد تشريع لأن التشريع هو الثمرة ، والثمرة لا تأتي إلا بعد جذور ضارية في الأرض تمتص الرحيق ، وتخرجه شراباً سائغاً للشاربين .

والعلماء كما نقول دائماً علماء الشريعة " الفقهاء " ليسوا ظاهرة عابرة هم لا

يســقطون مع الأمطار ، ولا ينبــتــون كــالزروع في الحــقــول ، وإنما لا بد لهم من مؤسسات ولا بد لهذه المؤسسات من منهج تسير عليه ، يضبط حركتها ، ويؤمن الوصول إلى غايتها .

من هنا كانت المبادرة التي توجه إليها سمو الشيخ نهيان بن مبارك آل نهيان وسارت فيها جامعة الامارات العربية المتحدة وارتادتها وحملت عبأها في المجال التشريعي كلية الشريعة والقانون كانت خطوة صحيحة في موضوعها ، صحيحة في منهجها ، في موضوعها لأن الوحدة التشريعية مطلب ، وصحيحة في منهجها لأنها بدأت بتدارس المساقات وتدارس الأساتذة ، وتدارس منهج التعليم ، وتدارس مراحل التطبيق ، بهذا يستقيم الأمر ويؤمن وصوله إلى غايته .

لا أريد أن أطيل وإنما أقول إن القرار الذي تم كان قراراً رائداً ولكنه كان أول الطريق وعدنا بعده إلى الجهاد الأكبر ملأ الصورة بالتفاصيل ، ووضع النقاط على الحروف وممارسة التوحيد في الحياة اليومية التعليمية بكلية الشريعة والقانون ، والذين يظنون أن هذا أمراً سهلاً يخطئون خطأً كبيراً ولكن نسلي أنفسنا ونقول إن الرحلة الطويلة تبدأ مهما طالت بخطوة واحدة ولكن الصعوبة تكمن في قلة العلماء القادرين ، وفي عدم وضوح المنهج وقضية المنهج مثارة وينبغي أن تكون مثارة في إطار الدراسات القانونية ، حتى التي لا تتصل بالشريعة الاسلامية ثم هي أشد أثارة وضرورة في مجال الدراسات الشرعية ، هي ضروية في مجال الدراسات القانونية لأن الشرائع لا تنفصل عن المجتمعات، وقد عشنا زماناً طويلاً في فلك مذاهب شكلية تكاد تفصم العلاقة بين القانون والمجتمع ، ذلك ضلال بعيد وخطأء جسيم وآن لنا أن نعود إلى مراجعة أنفسنا هل الثقافة القانونية مرتبطة ارتباطاً حقيقياً في جامعتنا العربية بالواقع المتطور المتجدد لمجتمعاتنا العربية في إطار المجتمع الدولي الذي اتصل نسيجها بنسيجه . ان كانت الإجابة لا وأظنها -

ولكل رأي - لا فنحن نحتاج إلى عمل كبير ليعود التساوق بين التعليم التشريعي والتعليم الاجتماعي بمعناه الأوسع .

أما في إطار الدراسة الشرعية فأذنوا لي أأذنوا لي أن نتواضع وأن تتسع الصدور ، وأن تتسع العقول لنقول أمضينا ثلاثة أرباع عمرنا في منهج ناقص وآن لنا أن نتممه ، الدراسات الشرعية تملأ الدنيا كتب الفقه الإسلامي تملأ الأرصفة ، لكن المنهج غائب ، وأنا أتحدث هنا عن منهج تعليم الفقه وممارسة الفقه في القرن الخامس عشر وقرون آتية فيها ما لم يره الفقهاء ولم يعرفوه ، وما كان لهم أن يعرفوه ، فإن لكل زمان سنة ، ولكل زمان ضرورة ، منهجية الدراسات الشرعية كأمر ضروري ، ما الفقه ؟ وما الشريعة ؟ ماالفقه حين يكون المسلمون أقلية في مكان ؟ وما الفقة حين يكون المسلمون أغلبية في مكان ؟ وما الفقه حين يكون المسلمون يعيشون وحدهم ؟ وما الفقه حين يكون المسلمون يعيشون في إطار مجتمعات متنوعة ؟ ثم ما الفقه إذا تغيرت الأزمنة والأمكنة والأحوال ؟ ما الثابت وما المتغير ؟ ما الحدود الفارقة بين الاجتهاد والخروج من جملة الشريعة؟ فقد رأينا علماء كثيرين ينادون جميعاً بفتح باب الاجتهاد فإذا هم بالدخول من هذا الباب أحد أو حدثته به نفسه فله الويل كل الويل ، لأن الجهاد الأسهل أن نجمد على الموجود وأن نمكث على ماورثناه ، وتمضي القافلة ، وينجو المفتون ، ويهلك جمعيع المستفتين ، آن الأوان إإذنو لي - بكل تواضع - أنا أتحدث عن نفسي أن نتقي الله في الأمة ، وأن نعلم أن فوق كل ذي علم عليم وأن لكل عصر فقهه، وأن منهجية دراسة الفقه الاسلامي هي قضية القضايا خصوصاً حين تلتقي مدرستان ، وحين تمتزج ثقافتان ، حين تتهيأ الأمة لالتقاء الماء العذب السائغ على أمر قد قدر .

أرجو أن تكون هذه المعاني بعض ما نتوجه إليه ونحن نستهل هذا الجهد المبارك الذي أقول لكم إنه وإن بدأ هنا فإنه منتظر في مواقع كثيرة ، وفي جامعات لعلها

أقدم وأعرق من هذه الجامعــة ، ولكن الجسارة بدأت هنا ، ونســأل الله أن يعــم نفعها .

وشكراً، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الجلسة الثانية

الفقه الإسلامي ومتطلبات العصر

رئيس الجلسة : أ٠د٠ أحمد كمال أبو المجد

وزير الإعلام والثقافة السابق بجمهورية مصر العربية ، أستاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة القاهرة ٠

المتحدثون : أ. د٠ الحبيب محمد بلخوجة

الأمين العام لمجمع الفقه الإسلامي بجدة ٠

أ٠د٠ إبراهيم السلقيني

عميد الدراسات العربية والاسلامية بدبي ٠

المعقب: د٠ سعيد عبدالله حارب

الأمين العام المساعد لجامعة الإمارات العربية المتحدة سابقاً نائب مدير الجامعة لشئون خدمة المجتمع حالياً ٠

الشريعة الإسلامية

بين

مهاجمة المستشرقين ومصارعة المستغربين

للأستاذ الدكتور الحبيب محمد بلخوجة *

اخترت أن أكتب في المحور الأول قصد إبراز المناهج الثقافية المختلفة وأثرها في تكوين المجتمع الإسلامي والاتجاهين الفكرين المعاديين له : الاستشراقي والعلماني . ولما طال البحث وقصر عن عرضه بكامله الوقت المحدد انتزعت منه بعض ورقات تمثل نبذة مختصرة راجياً أن تكون كاشفة عن أسباب الاقبال والادبار عن الشريعة والأخذ والترك لاجتهادات الفقهاء وما تركوه من ثروة قانونية . ونظريات مقابل الاحتكام للقوانين الوضعية .

الحمد لله الذي أكمل لنا ديننا بشريعته الغراء الشاملة الخاتمة ، وأتم علينا نعمته بجعلنا من أهل هذه الملة الخيرة والأمة الوسط ، ورضى لنا الإسلام ديناً بوضعه لنا هذا الدستور القائم على التصور الاعتقادي الصحيح ، والشعائر التعبدية السليمة، والشرائع السوية المنظمة لنشاط الحياة كله . فلهذا الشرع الحكم . وبه التصرف ، وهو المهيمن على كل الشؤون . ليس ناقصاً فيعدل ، ولا مجافياً للحياة ولسنن الكون فيبدل . تنطلق منه الحياة متطورة متجددة في كل يوم ، فلا يكبحها

* أمين عام المجمع الفقهي الإسلامي بجدة - المملكة العربية السعودية

ولا يعوقها عن السير ، بقدر ما يسمح لها بالنمو والارتقاء في إطاره ، ويمدها لذلك بالأسباب والامكانات المحققة لمقاصدها ،دون أن يأذن لها بالخروج عن شيء من أصوله وقواعده ، صيانة لها من التمزق والانحراف، ووقاية لها من مساوىء الانتكاس وعواقب الارتداد .

وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد عبد الله ورسوله النبي الخاتم الذي أدى بالأمانة ، وبلغ الرسالة ، وجاهد في الله حق جهاده ، وكان الإمام والقائد والداعية والمربي .

أنشأ عليه السلام بالإسلام المسلمين أنشأ أفرادهم وجماعاتهم ، فأمرهم ونهاهم ، وقضى بينهم وأفتاهم ، ونصحهم وهداهم ، وهذبهم وزكاهم ، وغرس في نفوسهم الفضائل ، وانتزع من دخائلها الرذائل ، حتى تميزوا عن عامة الناس عقيدة وفكراً، وشريعة وحكماً وأخلاقاً وسلوكاً ، فكانوا كما قال الله جل شأنه : " كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر ، وتؤمنون بالله " (١) .

وتحلوا بأكمل الصفات وأجمل المناقب وأنبل الأخلاق ، وخشعوا لربهم وراقبوه وذكروه ذكراً كثيراً . فجاء التنويه بهم في كتاب الله صفوة من عباده ، تدبروا كتابه ،واهتدوا بهدي رسوله ، والتزموا أحكام دينهم ، واتبعوا المنهج الإلهي الرباني الذي شرعه الله لهم : " ان المسلمين والمسلمات والمؤمنين والمؤمنات والقانتين والقانتات والصادقين والصادقات والصابرين والصابرات والخاشعين والخاشعات والمتصدقين والمتصدقات والصائمين والصائمات والحافظين فروجهم والحافظات والذاكرين الله كثيراً والذاكرات أعد الله لهم مغفرة وأجراً عظيماً " (٢) .

وكرمهم الله بنسبتهم إليه ، ونعتهم بما يميزهم عن غيرهم من عبيد السوء ،

---

(١) آل عمران : ١١ .

(٢) الأحزاب : ٣٥ .

منبهاً إلى ما فاقوا به غيرهم من كريم الخصال في قوله : " وعباد الرحمن الذين يمشون على الأرض هوناً ، وإذا خاطبهم الجاهلون قالوا سلاما ، والذين يبيتون لربهم سجداً وقياماً ، والذين يقولون ربنا اصرف عنا عذاب جهنم إن عذابها كان غراما ، إنها ساءت مستقراً ومقاما ، والذين إذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما ، والذين لا يدعون مع الله إلهاً آخر ، ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق ولا يزنون ... والذين لا يشهدون الزور وإذا مروا باللغو مروا كراما ، والذين إذا ذكروا بآيات ربهم لم يخروا عليها صماً وعمياناً ، والذين يقولون ربنا هب لنا من أزواجنا وذرياتنا قرة أعين وأجعلنا للمتقين إماماً ، أؤلئك يجزون الغرفة بما صبروا ويلقون فيها تحية وسلاماً ، خالدين فيها حسنت مستقراً ومقاماً " (١)
وبعد فإن شيم المسلمين هذه وسواها من مكارم الأخلاق ، التي المعت إليها شواهد الكتاب، لم تكن غير نتيجة الاقبال على الله ، وثمرة الطاعة لله ولرسوله ، وأثر بارز من آثار التدين ، ذلك أن التدين إلى جانب كونه فطرة إنسانية ، وضرورة اجتماعية ، يعتبر بحق خير ضمان للإستقامة في هذه الحياة ، ولقيام التعامل بين الناس على قواعد العدالة والنصفة .

المصدران الاساسيان للشريعة :

ومرجع المسلمين في إكتساب هذا السلوك المميز لهم في عقائدهم وتصوراتهم وميولهم واتجاهاتهم وسلوكهم العلمي في هذه الحياة ، ومرد الأمر في تزكيتهم نفوسهم، وتأسيهم برسولهم ، وخشيتهم لربهم ، وابتغائهم رضوانه ، تمسكهم بكتاب ربهم القرآن أنزله الله " هدى للناس وبينات من الهدى والفرقان " (٢) . وجعله "

---

(١) الفرقان : ٦٣ - ٦٨ ، ٧٢ - ٧٦ .

(٢) البقرة : ١٨٥ .

بصائر وموعظة وشفاء ورحمة " [١] ، واعتصامهم بسنة رسولهم النبي الأمي الذي " يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ، ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ، ويضع عنه أصرهم والآغلال التي كانت عليهم " [٢] .

وإن خير الحديث كتاب الله ، وخير الهدي هدي محمد ، وشر الأمور محدثاتها ، وكل بدعة ضلالة [٣] .

ومن أجل الحفاظ على تلكم السمات ، وتمكيناً للمسلمين من تحدي جميع المخاطر في مختلف الأزمنة والعصور، وتحقيقاً لظهورهم على غيرهم وعزتهم وتبوئهم مراكز السبق والريادة ، أوصاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتمسك بذينك الأصلين في قوله : " تركت فيكم أمرين لن تلضوا ما مسكتم بهما : كتاب الله وسنة نبيه " [٤] .

وقد حملهم هذا الهدي منه صلى الله عليه وسلم على العكوف على المصدرين حفظاً وتدبراً وفهماً ودرساً على نحو ما كان يفعل الصحابة . فقد حدث التابعون مثل أبي عبد الرحمن السلمي قال حدثنا الذين كانوا يقرءوننا القرآن من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم عثمان بن عفان وعبد الله بن مسعود وغيرهم أنهم كانوا إذا تعلموا من النبي صلى الله عليه وسلم عشر آيات لم يتجاوزوها حتى يتعلموا ما

---

(١) " هذا بصائر من ربكم وهدي ورحمة لقوم يؤمنون " الأعراف : ٢٠٣ " جاءتكم موعظة من ربكم وشفاء لما في الصدور وهي رحمة للمؤمنين " يونس : ٥٧ .

(٢) الأعراف : ١٥٧ .

(٣) م : كتاب الجمعة . باب تخفيف الصلاة والخطبة ، ١/٤٣ ، ٥٩٢ .

(٤) من ط ٤٦ كتاب القدر ، ١ باب النهي عن القول بالقدر ، ٨٩٩/٣ .

فيها من العلم والعمل ، فتعلمنا القرآن والعلم والعمل [١] .

وقد كانت الصحابة أخذت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ألفاظ القرآن ومعانيه وكانوا خير من يبلغ ذلك عنه . فهم كما قال ابن القيم : قد سمعوا من النبي صلى الله عليه وسلم من الأحاديث الكثيرة ، ورأوا منه من الأحوال المشاهدة ، وعلموا بقلوبهم من مقاصده ودعوته ما يوجب فهم ما أراد بكلامه مما يتعذر على من بعدهم مساواتهم فيه ، فليس من سمع وعلم ورأى حال المتكلم كمن كان غائباً لم ير ولم يسمع ، أو سمع وعلم بواسطة وسائط كثيرة . وإذا كان للصحابة من ذلك ما ليس لمن بعدهم كان الرجوع إليهم في ذلك دون غيرهم متعيناً [٢] .

فالدين الذي جاءهم من ربهم وتقبلوه من نبيهم ورواه المسلمون في مختلف العصور والأطوار عن صحابته رضى الله عنهم كان التعليم والتربية والتثقيف والتوجيه والقضاء والفصل . وهو ملاك الأمور كلها ، به تساس حياتهم ويبلغون عن طريقه خيري الدنيا والآخرة .

الشريعة الإسلامية :

تنتظم مباديء الشريعة الإسلامية ثلاث شعب . شعبة العقيدة ، وشعبة الأخلاق، وشعبة الأحكام العملية. فالشعبة الأولى هي التي جاء تفسيرها في بيان حقيقة الإيمان والإسلام والإحسان في حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه .

والشعبة الأخلاقية هي القائمة على تحلية النفوس بجميل الصفات بعد تجريدها من قبيحها .

---

(١) ابن القيم : الصواعق المرسلة ٥٥٤ .

(٢) ابن القيم : الصواعق المرسلة : ٥٥٩ .

والشعبتان الأولى والثانية المتعلقتان بإصلاح العقيدة وتهذيب النفوس يتحقق المراد منهما ، وهو إصلاح الباطن ، بامتثال أوامر الله واجتناب نواهيه والاتساء برسول الله صلى الله عليه وسلم واتباع سبيل المؤمنين .

وأما الشعبة الثالثة فهي شعبة التنظيمات العملية ، وهي تتناول حياة الإنسان من جميع أطرافها ، وفي كل جوانب نشاطها . فتضع المبادىء الكلية والقواعد الأساسية لما يتطور ويتحور بتغير الزمان والمكان ، وتفصل الأحكام تفصيلات ، كما تسن القوانين الجزئية لكل ما هو ثابت وقار لا يتطور من شؤون البشر . وهذا هو مسمى الفقه الإسلامي في إصطلاح علماء الشريعة .

وان الأحكام الشرعية الإسلامية هذه التي تتضمنها الشعبة الثالثة لتقوم من جهة على المعنى التعبدي الروحي ، ومن جهة ثانية على المعنى القانوني النافع للإنسانية . وهذا ما يعنيه الشاطبي من قوله في الموافقات : " إن حكم كل شيء " لا يخلوا عن حق الله وهو وجهة التعبد ، كما لا يخلو من حق العبد ، لأن الشريعة إنما وضعت لمصالح العباد فالحقان متلازمان " [(١)] .

وقد اطبقت على قلك نفوس المؤمنين عامة في كل عصر . وأيقنت أن الشريعة جاءت لإخراج المكلفين من دواعي أهوائهم . وهي الشريعة الباقية الخالدة التي كتب الله لها أن تكون خاتمة الشرائع . ولا يطرأ عليها نسخ ولا تغيير ، لاختتام الرسالات بها ، وارتفاع الوحي بعدها .

وهي وافية بجميع الأحكام والقوانين التي يحتاجها الناس وتتطلع إليها الأمم لتدبير شؤونها وتنظيم حياتها ، كما أنها صالحة لمسايرة الحياة في جميع تطوراتها

---

(١) راجع الشاطبي : ٢/١٠ - ٢٠ .

ومراحل تقدمها ورقيها ، تزودها في كل عصر وجيل بما يكفل لها السعادة ويسبغ عليها السلام والأمن (١) .

" وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيمناً عليه ، فاحكم بينهم بما أنزل الله ، ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق ، لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً . ولو شاء الله لجعلكم أمة واحدة ، ولكن ليبلوكم في ما أتاكم ، فاستبقوا الخيرات ، إلى الله مرجعكم جميعاً فينبؤكم بما كنتم فيه تختلفون . وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم، واحزرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك. فإن تولوا فاعلم إنما يريد الله أن يصيبهم ببعض ذنوبهم. وإن كثيراً من الناس لفاسقون. افحكم الجاهلية يبغون، ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون"(٢) .

المستشرقون:

ومن ينقض مبادىء هذا الدين وأصوله : عقيدته وتشريعه ونظامه ، غير المذاهب الفكرية الزاحفة المستوردة وما تقوم عليه من تصورات واتجاهات مذهبية وسياسية .

ظهر ذلك في خلال القرون الثلاثة الماضية من طائفة من المستشرقين فيهم اليهودي المتعصب ، والنصراني المتحجر ، والمؤرخ المغالط ، والسياسي الحاقد . وصدرت عنهم بحوث ودراسات عن الإسلام : أصوله وتشريعاته ، نظمه وحضارته ، تختلف فيها نظرتهم إلى هذه القضايا اختلافاً كبيراً عما عهدناه وآمنا به وسلمنا بصحته . وكان ذلك في جملته مجانياً للحق مجافياً له ، لا يخلو من تعصب أو هوى أو جهل .

---

(١) عبد الرحمن تاج . السياسة الشرعية والفقه الإسلامي : ٤٦ .
(٢) المائدة : ٤٨ - ٤٩ .

مواقف وادعاءات:

وزعم جولدزيهر وشاخت في كتاباتهما أن الشريعة الإسلامية عبارة عن القانون الذي أنجز داخل المجتمعات الإسلامية وبشكل وضعي كامل [(١)].

وادعت طائفة من المستشرقين مثل دومنيكو غاتبسكي ، وهانري هوك أن القانون الإسلامي في جوهره مأخوذ من القانون الروماني ، وأن الفقه الإسلامي في الأساس ليس إلا القانون الروماني بتبديل لا يذكر [(٢)] .

ونعتت أخرى الشريعة الإسلامية بالمثالية والبعد عن الواقعية مثلما فعل كولسون في كتابه " في تاريخ التشريع الإسلامي " [(٣)] .

وقالوا عن الفقه : إنه عار من الأصالة والاستمرارية ، وقد تجاوزت المزاعم والتحريفات ، الصادرة عن هذه الثلة من المستشرقين تلك المجالات إلى وصم الوحي بالاضطراب والاختلاط ، والحكم على التوحيد بالتجريد ، وعلى العقائد بالتحكم ، وعلى الدين بالجمود ، وعلى الحضارة الإسلامية بالجدب ، وعلى الشعوب المرتبطة بها والمنتسبة إليها بالتخلف .

أسباب الخطأ والتحامل على الإسلام:

ولعل سبب هذه المواقف التي تبدو في جلاء عدائية للإسلام ، ناقضة لمبادئه ، ومحاربة له ليست محصورة في الجهل والتعصب والهوى ، كما ذكرناه قبل ، ولكنها بالتأكيد متولدة :

---

(١) محمد أركون . تاريخية الفكر العربي الإسلامي : ٢٩٧ - ٢٩٨ .

(٢) هل للقانون الروماني تأثير على الفقه الإسلامي . مجموعة دراسات : ٩ - ١٠ .

(٣) في تاريخ التشريع الإسلامي : ٢٣ .

أولا: عن بعد بعض الباحثين من هؤلاء المستشرقين ، في بداية أمرهم ، عن مجالات الدراسة التي اقتحموها لكونهم ليسوا من أصحاب الاختصاص أو ممن لهم قدم فيها .

ثانيا: عن أثر البيئة الأوروبية التي نشأوا فيها والتزموا بمناهجها وطرقها المعتادة لمعالجة القضايا الحضارية والأفكار الإنسانية .

ثالثا: عن اتساع نطاق الفلسفة الوضعية ، واعتماد المنهج المادي بعيداً عن المثالية وعن الحوافز والدوافع عند تحليل الظواهر الفكرية ، ثم تفتيت تلك الظواهر بردها إلى مجموعة من العناصر تخضع للظروف والملابسات الاجتماعية أو السياسية أو الدينية .

رابعا : عن استخدامهم أحياناً للمنهج الديكارتي القائم على الشك في تفسيرهم للمبادىء الإسلامية ، وظواهر الوحي والنبوة .

وقد حاول الدكتور ساسي الحاج التحدث عن أخطاء جماعة من المستشرقين ، مبيناً أسباب وقوعهم فيها ، وما قادهم إلى ذلك من مناهج سقيمة لا تتفق ولا تتجانس مع طبيعة ما شغلوا به أنفسهم من بحوث ودراسات إسلامية . فعد من ذلك المنهج التاريخي ، والمنهج التحليلي ، والمنهج الإسقاطي، ومنهج الأثر والتأثير ، ومنهج المطابقة والمقابلة [1] .

وواضح في إيجاز موقفه من تلك البحوث والدراسات بقوله : " والسبب في ذلك يرجع إلى أن جميع المستشرقين أو معظمهم ينكرون نبوة الرسول العربي ،

---

(١) الظاهرة الاستشراقية وأثرها على الدراسات الإسلامية : ١٩٩ .

والوحي الإلهي الذي نزل عليه ، ويعتبرون القرآن من تأليفه أو تأليف أصحابه . وكثيراً ما كانوا وما يزالون يستخدمون المنهج التاريخي لتفسير الفكر الإسلامي ومبادئه ومعتقداته ، ويصرون دوماً على منهج التأثر والتأثير ، ويحاولون قصارى جهدهم إرجاع الدين الإسلامي إلى عناصر داخلية وخارجية بعيدة عن المحتوى الإسلامي الصحيح . وهم بالتالي عندما يتناولون الوحي والقرآن والسنة النبوية فإنهم يرجعونها دوماً إلى نتاج للتاريخ ، وليس فكراً وعقيدة أتت بها الديانة الإسلامية من مصدر إسلامي خالص [١] .

المستشرقون والشريعة :

وإنا بعد هذا لنحاول ، في هذا البحث الموجز ، تجلية بعض النتائج التي صرح بها المستشرقون مواقفهم من الإسلام وبخاصة من الشريعة الإسلامية ، وبيان سعيهم والسلطات الأوروبية الاستعمارية من ورائهم لاستبدال القوانين الغربية بأحكام الشريعة الإسلامية في ديار الإسلام .

ولا يعنينا في هذا المحل أن نتتبع عقائدهم في التوحيد والنبوة والوحي والرسالة، فذلك موضعه علم الكلام والجدل والرد على المذاهب الباطلة والأهواء والنحل الضالة . وقد أخذ بحث هذا الموضوع حيزاً كبيراً من الدراسات الإسلامية في القديم والحديث ، فتهافتت معه حججهم ، وانهارت به تصوراتهم وآراؤهم من القواعد . ولا أن نفيض في إثبات استمرارية هذه الشريعة وخلودها لأن لنا عودة إلى هذا الموضوع حين نناقش العلمانيين المستغربين تأويلاتهم وافتراءاتهم وتجرؤاتهم على الحق .

---

(١) الظاهرة الاستشراقية وأثرها على الدراسات الإسلامية : ١٩٩ .

ولكن من الضروري الوقوف عند بعض القضايا التي لها صلة بالشريعة والفقه مثل تأثر الفقه الإسلامي بالقانون الرومي ، واتصافه بالمثالية ، وبعده عن الواقع ومجافاته للحاجة العملية ، لكونهما الأساس لكل الانحرافات التي ساق إليها أولئك المشتشرقون من بعدهم ، وحملوا على الأخذ بها من تبعهم أو تخرج على طريقتهم ومن مدرستهم ، كما نبحث مبدأ التحول من الفقه الإسلامي إلى العمل بالقوانين الأجنبية في الهند وبلاد الخلافة .

استبدال الذي هو أدنى بالذي هو خير :

غير خفي أن الإسلام قام دعوة وديناً ، وانتشر فكراً وثقافة ، وامتد سلطاناً ووطناً ، من يوم ظهوره في القرن السابع إلى أواخر القرن الثامن عشر ، وهو رغم التطورات والأحوال ، واختلاف النزعات والمذاهب ، وما مرّ به المسلمون من ظروف العزة والمنعة ، أو أصابهم من ضعف ووهن في بعض الأزمنة وبمناطق كثيرة ومختلفة من العالم الإسلامي ، ظل هو الرباط القوي المتين الذي يجمع دوله وشعوبه ، ويوحد أجناسه وأقاليمه، ويؤلف بين أفراده وجماعاته، داخل تلك البلاد المترامية الأطراف، والممالك المتميزة والمتجانسة المتعاطفة التي تتكون منها دار الإسلام، كما استمر مقوماً وأساساً للأخوة بين معتنقيه تحقيقاً لقوله عز وجل: " إنما المؤمنون إخوة " (١) .

ولما تسرب الغرب إلى أقطاره وتمكن من كثير من أقاليمه ، وتضاعفت طموحاته في استغلال ثروات بلاده ، وإخضاع العديد من أوطانه لسلطانه ، عظم نفوذة ، وفرض بشتى الوسائل والأساليب آراءه وأحكامه . فتدخل بالهند أولاً عن طريق شركة الهند الشرقية البريطانية ، التي انتصبت هناك لغايات تجارية ، وفرضت قوانين أجنبية لم تكن متعارفة ولا معهودة في تلك البلاد وبين مواطنيها ،

---

(١) الحجرات : ١٥ .

قصد حماية مصالحها ، ثم ازداد الأمر خطراً وتغييراً لمعالم القضاء والعدل بإلحاق الهند بالتاج البريطاني ، وإطلاق لقب إمبراطورة الهند على الملكة فيكتوريا بعد ثورة ١٨٥٧ ، ووضع قوانين جديدة من طرف الانكليز لحكم هذه البلاد ، وفصل النزاعات بين الناس ، أسموها قوانين السلام البريطاني [١] .

وكان الذي أصاب الباب العالي والدولة العثمانية أشد وأخطر ، لتأثر الولايات العثمانية به ، وسيرها وفق منهجه في البلاد العربية شرقيها وغربيها . وأبرز التطورات التي كانت في الأول على حساب الشريعة والفقه الإسلامي ، تلك التنظيمات التي تتابعت وتلاحقت فيما بين ١٨٢٦ و ١٨٢٩ [٢] . وهي عبارة عن قوانين عديدة شملت نظام البحرية وقانون العقوبات وتبنت الدولة العثمانية سنة ١٨٥٠ القانون الفرنسي ، فأقامت على أساسه المحكمة التجارية المختصة بالفصل في النزاعات القائمة بين رعاياها وبين الأوروبيين ، وأحدثت محاكم مدنية ١٨٧١ إلى جانب المحاكم الشرعية ، ووسعت في نظر المحاكم الجديدة ١٨٨٠ . وكونت لجاناً عدلية ثلاثاً :

الأولى : تتمثل في مجلس الدولة الاستشاري الذي مهمته إعداد النظم والقوانين ومراقبة تنفيذها .

الثانية : اللجنة القانونية التي تحدد القضايا التي يفصل فيها القضاء الأوربي .

---

(١) شكيب إرسلان . حاضر العالم الإسلامي : ٤/ ١٨٠ ، ١٨١ : كولسون في تاريخ التشريع الإسلامي ، الفصل الثاني .

(٢) كان هذا التغير الأول بحكم الضغوط والالزام . ويأتي هذا الحديث عن التحول الثاني الذي تولد عنه العلمنة في محله .

والثالثة: اللجنة الموكل إليها وضع مجلة الأحكام العدلية ، قصدَ تقنين الشريعة .وذلك تحقيقاً لشيء من التوازن ، ولو ظاهرياً ، بين القانونين الوضعي والشرعي ، وفيما قامت به هذه اللجنة صيانة لماء الوجه ، ومحاولة من الدولة العلمنية ، للحفاظ على الفقه الإسلامي ، والتمكين من العودة إليه متى استقام الأمر وذهبت المخاوف .

وقد أحدثت تلك التنظيمات في بلاد الخلافة هزة عنيفة ، وقام الصراع في ذلك الوقت بين الشريعة والقانون ، وتنازعت المحاكم الشرعية والمحاكم الجديدة والهيآت التشريعية السلطة ، وعمت البلبلة . وقضي آخر الأمر للتنظيمات على الفقه والشريعة الإسلامية إلا في مسائل الأحوال الشخصية وبعض قضايا الاستحقاق . ولا غرابة في ذلك فإن القوي مطاع ، والكلمة الأخيرة لأصحاب النفوذ الدولي ، وللقوى الصناعية ، ولمؤسسات التجارة الدولية .

فهناك عوامل سياسية وضغوط اقتصادية حملت العثمانيين على التحول ، استجابة للتدخل المتكرّر لسفراء الدول الأجنبية وقناصلها : منها إيجاد محاكم تجارية متخصصة ، ومنها اكتساب الدولة العثمانية في أعين الدول الغربية مهابة وقدراً باقتباس القانون المدني السويسري ، وتعويض عقوبات القصاص والحدود في الأحكام الجنائية والجزائية بما يتلاءم من التعازير المنصوص عليها في القوانين الوضعية كما صرحت بذلك الدكتورة هنشف عضو المؤسسة العالمية المتابعة للتطورات التشريعية في العالم " قسم القانون بجامعة لندن " [(١)] .

منهما تيسير التعامل مع أوروبا واكتساب مودتها حسب ما بين آنذاك الديبلوماسي الغربي انكلهارد في قوله : وفي الحقيقة إن الإسلام الذي قد كان

---

(١) القانون التقليدي الإسلامي والقانون الحديث : ٣١ .

مؤسس الحكومة العثمانية ، بقي حاكماً مطلقاً فوق الحكومة ، فقد كان القانون المدني متحداً مع القرآن ، ولكون تشكيلات الأمة اشتبكت بالعقائد الدينية بحيث لا يمكن تفريق بعضها عن بعض كانت هذه التشكيلات لا تقبل التغيير كالعقائد الدينية . فوجب لتحصيل الائتلاف الذي لا تستطيع تركيا الاستمرار على الاستغناء عنه : إما إزالة الحائل بالمرّة ، وإما تخفيف وطأته . ومعناه إماً أن تحول الحكومة من الروحانية إلى الدنيوية بتخليصها من تأثير القوانين الدينية كما وقع في العالم المسيحي ، وإماً أن تتخلص بالتدرّج من الحدود والقيود الدينية عن طريق تفسير العقائد الأساسية تفسيراً موسعاً . وللاحتراز من الحالات الموجبة لاشمئزاز شعب جاهل متعصب لا يلبث أن ينفعل ويتأثر من كل شيء كانت الحكومة العثمانية اختارت الشق الثاني [١] .

على أن هذا التحول والتغيير قد عابه رئيس معهد القانون الأستاذ اندرسون حين قال بالحرف الواحد : إن اقتباس تركيا للقانون السويسري وتطبيقه في بلادها أشبه ما يكون بارتداء القزم ثوباً فضفاضاً [٢] .ولا بدع في هذا لكونه قانوناً أجنبياً روحاً وفلسفة وقواعد وأعرافاً عن المجتمع العثماني المسلم الذي يراد إخضاعه له وتطبيقه عليه .

وهو غير مقبول في الجملة ، ولما في تحكيمه وفي الانحراف عن الفقه من إضاعة لمقومات الأمة الإسلامية ، وتقليد مزر لمجتمعات أخرى فيكون اقتباس القوانين الأجنبية وتطبيقاتها في أقطار العالم الإسلامي شراً وأنكى من ترك الاجتهاد لعدم توفر أسبابه . وإنما يصلح أمر المسلمين بالرجوع إلى المصدرين

---

(١) محمد مصطفى صبري : ٣٤٨/٤ .

(٢) د. عبد الوهاب أبو سليمان . التشريع الإسلامي في القرن الرابع عشر الهجري ، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية . مكة المكرمة سنة ١٣٨٣ - ١٣٩٤ . عدد ١ : ٥٥ .

الأساسين وفهمهما ، واستخدام قواعد الاستنباط مع مراعاة مصالح الناس وتقنين أحكام الفقه الإسلامي في جميع فروعه . وفي هذا علاج للمشاكل والتحديات ، ورفض لمناهج العجزة المقلدين .

وظهر بعد هذا العلمانيون معلنين وجوب التطوير والتغيير للبرامج الفكرية التي تساعد في نظرهم على إعادة تشكيل العقل العربي .

التوجيه السياسي الغربي للعلمانية : أثره ونتائجه :

وهذا الإقتراح في مجموعه وفي واقع الأمر هو الذي انتهت إليه الدراسات المقدمة إلى مؤتمر جامعة برنجستون ١٩٥٣ ، والتي تجعل نهضة العرب والمسلمين ، وتحقيق التقارب في القيم الاجتماعية والأخلاقية بين العالم الإسلامي والغرب رهين تخلي الشعوب الإسلامية عن التمسك بقيمها الثابتة . ويكون ذلك بأحد حلين : إما بالقضاء على الإسلام بتشكيك الناس فيه وفي قيمه وفي الأسس التي يستند إليها ، وبمحاصرته بحيث لا يتجاوز نفوذه المسجد . فيفقد سيطرته على مسلك الأفراد وتنظيم العلاقات الاجتماعية عن طريق إقناع الناس بأن الدين شيء ومشاكل الحياة شيء آخر ، وإما بإخضاع هذا الإسلام للتطور بحيث يصبح أداة لتبرير القيم الغربية وللتقريب ما بين الشعوب الإسلامية وبين الغرب [(١)] وهذه هي العلمنة كما يصورها أصحاب المدخل لدراسة القانون بقولهم : العلمانية مفهوم غربي ، استنبطه الغرب ليناسب حاجياته الخاصة . ثم إنه تكيف مع وضعياته الخصوصية حيث تتعايش سلطتان إحداهما مدنية (أي الدول) والأخرى دينية (أي الكنائس) وخاصة الكنيسة الكاثوليكية (الفاتيكان) التي لها ذاتية مستقلة بمؤسساتها وبهياكلها الهرمية ، وبشخصياتها ، وبرجالها وقساوستها ، وبرئيسها الخاص بها وهو البابا ،

(١) د. محمد حسين : الإسلام والحضارة الغربية : ١٣٣ - ١٣٤ .

وأمام هذا الوضع الذي هو ازدواج السلطتين ، جاءت العلمانية لتضبط مجال كل منهما ، وتحدده . فكان الفصل بين السلطتين الدنيوية والروحية ، وجاءت العلمانية حلاً يناسبهما معاً مناسبة تامة [(١)] . وهي عندما يقارب الماديون بين وضعها في العالم الغربي وصنوه في العالم الإسلامي يعلنون في حسرة أن المسيحية فصل فيها بين الدين والدولة ، ولا كذلك الإسلام مع أنه من الممكن التعلق بهذا الدين دون أن نستنتج بالضرورة قواعد سياسية وإقتصادية واجتماعية معينة ، وأنه لا يلزم بالضرورة أن تكون علاقة الأديان بأصولها مبنية بناء النتائج على أسبابها في كل الظروف وكل المنعطفات التاريخية . فهناك إذن دين أهم ما يتمثل فيه الرسالة ، هناك بإزائه مجتمع وتاريخ [(٢)] . ومن ثم دعا العلمانيون إلى السير على منهج المسيحيين حيث جعلوا اللاهوت من وقت التحول مقصوراً على العبادة وعلى ما يتصل بعلاقة المرء بربه ، واعتبروا الناسوت الشامل لكل أحوال الإنسان في الأرض من معاملات وعلاقات وتصرفات وقضايا وأحكام سياسية مفصولاً عن الأول وغير وارد به الدين .

وهذا التخطيط العلماني كما هو واضح مما تقدم يستهدف باسم التجديد والمعاصرة ومواكبة التطورات الحضارية ، الإسلام في كل جوانبه وعامة مظاهره ، في حقيقته كدين وعقيدة ، في أصوله ومصادره ، في بنائه للدولة وتشريعاته ونظمه القانونية ونحو ذلك وقد عبروا عن هذه الجوانب بصيغ العلمانية . يشهد بذلك ما جاء في المدخل القانوني من قولهم : ومهما يكن من أمر ، فإن العلمانية لا يقتصر جوهرها على فصل عضوي بين المؤسسات الدينية والمؤسسات الدولية فتلك

(١) محمد الشرفي وعلى المزغني : ٥٠٥/٣١٤ .

(٢) حوار مع أركون لهاشم صالح بعنوان : من أجل مقاربة نقدية للواقع ، مجلة المستقبل العربي ١٠١٠ ، ١٩٨٧/٧ : ٧ ٨٠ .

صيغة من صيغها . فللعلمانية صيغ متعددة تبرز أهمها في تقلص وتراجع دور الدين في تحديد مضمون القواعد القانوينة .وقد تكون أهم ميزه تتمتاز بها الأنظمة القانونية في البلدان الإسلامية متمثلة في توجه المستوى التنظيمي القانوني إلى الاستقلال عن المرجعية الدنية (١).

وجهت إلى ذلك السياسة الاستعمارية على لسان اللورد جلاديستون حين أعلن أمام المبرلمان البريطاني أنه مادام المسلمون يحكمون القرآن فانهم يسدون في وجهنا الطريق . ولذا يجب تحويلهم عنه .

ونبه إلى خطورته الأستاذ إبراهيم دارتيام في مؤتمر الفكر الإسلامي المنعقد بالجزائر العاصمة ٣٠/٨-٥/٩-١٩٨٦ حين قال في كلمته : إن أعداد الإسلام يضعون قواعد ينطلقون منها إلى تحرير القلوب والأفكار بصورة تكمن في الحل الأول من الفصل بين المسلمين وبين أي مرجع إسلامي ، وتحول الأمة الإسلامية والجماهير في واقعها اليومي عن أي اعتبار للدين . وذلك عن طريق العلمنة وما يجري مجراها أو يعضدها من مبادىء وآراء . والغاية المطلوبة من وراء ذلك اجتثاث المسلمين من أصول دينهم وتحويل أكثرهم إلى لا دينيين وملاحدة لا يربطهم بالإسلام رابط لجهلهم المطلق بالقرآن مبان ومعان ، وجهلهم بسنة الرسول صلى الله عليه وسلم التي جاءت لإنارة طريقهم إلى الحق والخير .

الفصل بين الديني والدنيوي:

جاءت العلمنة تفصل في زعمها بين الديني والدنيوي مبتدئة حملتها بانكار الدين مرددة مقالة الباطنية : إن أهل الشرائع في ضلال . فإنهم يعبدون إلهاً لا يعرفونه ولا يحصلون منه إلا على اسم بلا جسم (٢) . وانبرى فرح انطون ينشر في

---

(١) محمد الشرفي وعلي المزغني : ٣١٥/٥٠٦ .

(٢) البغدادي : ٢٩٥ .

مجلة الجامعة القاهرية دعوته للإتجاه المادي الالحادي ، ويكتب قائلاً : ان الدين هو الإيمان بخالق غير منظور وأخرة غير منظورة ، ومعجزة ووحي ونبوة وبعث ونشر وسؤال وحساب وثواب وعذاب في الجنة والنار . وكلها غير محسوسة ولا معقولة . ولهذا كان العقلاء من الفلاسفة ورجال الدين في كل ملة ينادون بابعاد العقل عن الدين (١) ، ويمتد انكارهم للأديان إلى نبذ القيم الروحية والخلقية وحتى العقلية لخضوعها جميعها في هذا العالم لمبدأ التغير ، ويربطون كل شيء من القيم المعنوية بالحياة المادية ويحكمون بتبعيتها للجانب الإقتصادي ، ويفسرون التاريخ أو وقائعه على أساس تطبيق مبادىء البحث المادة الجدلي القائم على مبدأ النقيض (٢) ثم تسوء العقيدة أكثر من هذا فيبلغ بأحدهم الأمر إلى الاعتراض على ما بسميه الدين الارثدوكسي لقيامه على اعتقاد أنه وحي أنزل من الله على الأنبياء فالدين بهذا الاعتبار فوق المجتمع ويقول : ينبغي أن نتجاوز هذا التصور للدين بطرح الأسئلة الضرورية اليوم التي لا يمكن التهرب منها طويلاً ، أو بحثها والولوج إليها إلا باعتماد المنهج العلمي الحديث الذي ينزع إلى أن الدين كله في المجتمع وأن الله بذاته يحتاج إلى شهادة الإنسان له (٣) .

افتراءات العلمانيين على كتاب الله :

ومن الممكن أن نشير هنا إلى بعض مواقف العلمانيين من كتاب الله لنتبين من ذلك صور الضلال والأفك والجهل التي وقعوا فيها وترددوا بها . وإن الفئة المتطرفة من هؤلاء التي تبعت الغربيين وبعض المستشرقين في القول ببشرية القرآن هي التي

---

(١) محمد مصطفى صبري : ١٧/٤ .

(٢) خالد محمد خالد . من هنا نبدأ : ١٨٦ .

(٣) محمد أركون . الأمس والغد : ١٤٠ - ١٤٥ ، محمد بريش . مجلة الهدي : ١٤ ، ٥-١٩٨٦/٧ : ٢٨ .

أوغلت في الكيد والمكر والمغالطة والايحاش . فقد جاء في تاريخية الفكر العربي الإسلامي كلام عن طبيعة القرآن يصرح فيه صاحبه بأن كتاب الله ذو بنية اسطورية كما زعم ذلك المشركون الذين رد عليهم القرآن دعواهم بقوله : " إذا تتلى عليه اياتنا قال أساطير الأولين " (١) وقوله : " وقالوا أساطير الأولين اكتتبها فهي تملى عليه بكرة واصيلا " (٢) .

وبأن من آياته ما هو عفوي لأنه انبجاس دائم لليقينيات التي لا تستند إلى برهان ، بل تلاؤم عميق لمرتبات الشعور الإنساني الدائمة ، وان منها ما هو رمزي يحمل على التخلص من السخرية التي تتحدث عن جنة الله المملوءة بالحور العين حيث تجري أنهار من الخمر والعسل (٣) .

وهو يختم هذا البيان للآيات العفوية والآيات الرمزية التي اكتشفها بعبقريته الفذة بقوله : القرآن ذو مجازات كثيرة كما أن الأناجيل ، ولا بد أن يقرأن الذي حرك القبائل أيام النبي محمد هو الإيمان كما ورد في القرآن ، والتصورات الآخروية من وعد ووعيد التي دخلت عقول الناس ، وجعلتهم يؤمنون بها كحقائق وليس كخيال ورموز (٤) .

الدعوة إلى قراءة جديدة للقرآن :

وبعد هذه النتائج التي استخلصها أركون من قراءته للقرآن ، يرى أن المتقدمين من علماء الإسلام لم يحسنوا قراءة هذا الكتاب وأن من عوارض مرض الفكر لديهم

---

(١) القلم : ١٥ .

(٣) الفرقان : ٥.

(٣) محمد أركون : تاريخية الفكر العربي .

(٤) المرجع السابق .

تقبلهم إلى حد كبير أن القرآن ومن مسلمات تلك التركيبة العرفية ، وما به من خلط بين الآسطوري والتاريخي وقبولهم أيضاً ما فيه من تصنيف وتكريس دغمائي لمجمل القيم الاخلاقية والدينية ينتهي معها إلى أسلوب لاهوتي يقضي بتفوق المسلم والمؤمن على غيرهما ، وربما اتجه إلى تقديس اللغة وركز على وحدانية وقدسية المعنى المرسل من قبل الله ، وعلى التأكيد على العقل الخالد والفوق تاريخي لأنه مغروس في الكلام الرباني ومجهز بأساس تيولوجي يتجاوز كل تاريخانية [1] وهو في غرور واعتداد بفكره الثاقب ينتصب ملقناً للمنهجية الجديدة التي يقترحها لقراءة هذا الكتاب المتميز الفريد الذي لا يدانيه أي كتاب آخر روعة وبلاغة واعجازاً هداية وتوجيهاً ، وحكماً ، حتى إذا أراد أن يتقدم بالنصيحة الغالية التي يمكن بها استيفاء ما في النص القرآني من معان ودقائق وخصائص وإيحاءات عند قراءته ، وهو الخطاب الإلهي الموجه إلينا لنتدبره ونعيه وننفعل به ونتجاوب معه ، فأجأنا بقوله : يجب عند قراءة القرآن أن نتحرر من الحساسية التقليدية التي تسيطر على علاقتنا السيكولوجية بتلك النصوص ، وأن نخضع القرآن : " الكتاب الذي لا ريب فيه " كما اخضعت التوراة والإنجيل من قبل لقراءة سيميائية ألسنية [2] .

التفسير الجديد للقرآن :

وتجد هذه الطائفة مجالاً للقول حين أعرض عن مقالاتهم الضالة المؤمنون ، وسكتوا عنهم إغفالاً لأقوالهم وإهمالاً لها ، لما بين أيديهم ومن حولهم من دلائل تدحض دعاويهم وتبطل آراءهم التي لا تروج ولا تنطلي إلا على كاذب كفار ، فشجعهم هذا السكوت وكذا التطلع إلى جديد يظهر في هذا الميدان من الغواة أمثالهم إلى أن يتناولوا موضوعاً آخر يتصل بالقرآن هو المركب الصعب الذي لم

---

(١) المرجع السابق .

(٢) محمد أركون : تاريخية الفكر العربي الإسلامي : ٢٩٩ .

يرقه إلا على حذر كبار الأئمة والعلماء حتى لا يقولوا في كتاب ربهم برآيهم فيضلون ويضلون . وذلك هو تفسير القرآن الذي أخذه الصحابة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأخذه التابعون عن الصحابة ، ووجد سلفنا الصالح هذا الأمر مستقراً على أساسه كما قال العلامة الشيخ محمد الفاضل إبن عاشور ، فلم يسعهم إلا أن يطمئنوا المسلمين إلى أنّ القرآن كلام ذو معان تدل عليها تراكيبه اللفظية . وعلى ذلك إنعقد إجماع الأمة الإسلامية على أن كل لفظ في القرآن له معناه الإفرادي ، وكل كلام له معناه التركيبي وأنه لم يرد في القرآن ما لا معنى له ، ولم يرد فيه نصوص لها معان لا تفهم إلا بالتوقيف عليها من طرف شخص معين ، بل إن كل ما فيه يدل على معان ظاهرة دلالته عليها بحسب الوضع اللغوي العربي وقوانين التركيب العربي ، حتى الطائفة الإسلامية التي شذت في أواخر القرن الأول حيث قالت : إن في القرآن ما لم نفهمه ، وهي الطائفة الحشوية إنما أرادت الفاظاً لها معانيها ، لكنها لم تفهم . ومع ذلك فإن الاجماع دحض تلك المقالة ، وتولى علماء الكلام وعلماء الأصول بيان ما بنيت عليه من إخلال [(١)] . ويعود اليوم أركون محاولاً أن ينزع منزع الحشوية أو الباطنية بطريقته الجديدة العلمية التاريخانية فيبدأ أولاً عن جهل قطعاً وبجرأة بغيضه ومردوده وصف كبار العلماء والصفوة من المفسرين المتقدمين بالكلاسيكيين والأرثودكس ويتهم المسلمين عامة وعلماءهم خاصة في الماضي في ممارستهم الاخلاقية الشرعية السياسية بكونها السبب في تحويل القرآن وتجربة النبي إلى جملة من التعاريف ومن القواعد الجامدة ومن السلوكيات الضاغطة [(٢)] ثم يمضي في افتراءاته ويجانب الحق والواقع حين يصف التفاسير المتقدمة بالكتب الكلاسيكية التي كانت تمارس عملية حجب وإخفاء وطمس للوقائع

(١) التفسير ورجاله : ٨ - ٩ .

(٢) محمد أركون : الإسلام بالأمس والغد : ١٤٠ - ١٤٥ .

التاريخية أثناء تعليقها على الآيات القرآنية وتفسيرها لها . ويقول أن هذا الحجب والطمس ليردادان خطورة في التفاسير الإسلامية المعاصرة بما يورث قطيعة بين القرآن والتاريخ وبين القرآن والواقع المحيط به والذي ظهر فيه . ومرد ذلك أن المنهج المتبع فيها يقوم على انتزاع الآيات من سياقها الإجتماعي التاريخي لتخلع عليها صفة التعالي والإطلاقية في حين أن الآيات مرتبطة بشكل وثيق بالتجربة البشرية والسياسية المحسوسة للنبي محمد في مكة والمدينة [(١)] وهو حين يهون من شأن التفاسير القيمة يدعونا إلى بديل عنها لما قد يضعه هو أو أحد من أتباعه ، مما يأخذ بعين الاعتبار المسار الفلسفي النقدي الذي قطعه الفكر الغربي . فيستبدلون بتلك المعادلة الفكرية التي وجهت الأذهان من قبل : وحي ، حقيقة تاريخ معادلة تقوم على مذاهب نيتشة وفرويد وكارل ماركس وخاصة هذا الأخير الذي يعتبر الدين والوحي في وجودهما قائمين ضمن التاريخ لا منزلين من فوق وأن التاريخ عبارة عن عناصر الجدل الاجتماعي (الأديان) وصراع الطبقات واليديولوجيات ويرى أن جميع القيم المطلقة والمثالية آلت إلى نسبية وتاريخية ومتغيرة [(٢)] .

هذه لقطات أو فقرات من الفكر العلماني في القرآن الذي نعتبره وحياً منزلاً ، وقيماً وآداباً ، وقواعد وأحكاماً تتلاشى منه كل هذه الجوانب والحقائق التي هي موضع يقين المؤمن وسبب تقديسه والتمسك به ليعم بعد هذا على يد الجهلة النساق تصور جديد لمادته وقراءة جديدة لنصوصه وتفسير جديد لمعانيه .

وهذه المواقف وأمثالها متى بلغت ما بلغت إليه من عزم وعمل على نقض

---

(١) محمد بريش : الهدى : ١٤ ، ٥-٧/١٩٨٦ :٣ .

(٢) محمد بريش : الهدى : ١٤ ، ٥-٧/١٩٨٦ :٢٩ .

أصول الشريعة . فإن الأخذ بها يكون مستبعداً بل مردوداً . وهكذا عصفت ريح العلمانية ، فسارت في طريق تعويق الفقه الإسلامي في أكثر البلاد الإسلامية بالقوانين الغربية وبما أحدثته هي من قوانين على غرارها بدعوى الإصلاح نتيجة لتكوينها الثقافي ، ولعدائها الموروث للإسلام ، وكان من الواجب بل من الطبيعي ، إذا سلمت النيات ، أن تتعاون الفئات المعنية في عالمنا الإسلامي المعاصر على إيجاد ثقافة شرعية قانونية موحدة تخدم الأمة ، وتحفظ مصالحها وتقيها كل المخاطر في هذا الظرف المتغير .

والله ولي التوفيق ...



الفقه الإسلامي ومتطلبات العصر

للأستاذ الدكتور إبراهيم محمد السلقيني *

الفقه في اللغة : (العلم والفهم مطلقاً) ، يقال : فقه (بكسر القاف وضمها) يفقه ، أي : علم وفهم يفهم ومنه قوله تعالى : { مانفقه كثيراً مما تقول }، أي مانفهم ، وقوله تعالى : { ولكن لا تفقهون تسبيحهم } ، أي : لا تفهمونه ، وفي الاصطلاح : (هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية) أو هو (مجموعة الأحكام الشريعة العملية المستفادة من أدلتها التفصيلية) ، والمراد بالعلم : مطلق المعرفة والإدراك ، وهو حصول الملكة بالأحكام لا الإحاطة بها جميعاً ، فلا ينافي عدم معرفة الفقيه بعض الأحكام ، فقد سئل الإمام مالك عن أربعين مسألة فقال في ست وثلاثين منها : لا أدري .

كما يراد به مايشمل غلبة الظن ، كما في قوله تعالى :{ فإن علمتموهن مؤمنات } أي غلب على ظنكم إيمانهن ، والأحكام : جمع حكمٍ ، ومعناه : إسناد أمر إلى آخر إيجاباً أو سلباً .

والمراد بالأحكام : أثر خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين : فالفرضية والوجوب والندب والإباحة والكراهة والحرمة من الأحكام الشرعية المتعلقة بالعبادات، وكون العقد صحيحاً أو باطلاً ، أو نافذاً أو موقوفاً ، أو لازماً ، أو غير لازم هو من الأحكام الشرعية الجارية في المعاملات ، وتقييد الأحكام

---

* عميد كلية الدراسات الإسلامية والعربية بدبي .

بالشرعية لإخراج غير الشرعية ، وهي : الحسية ، والعقلية ، والوضعية ، فقولنا - النار محرقة : حكم حسي ، وقولنا - العالم حادث : حكم عقلي . وقولنا - الفاعل مرفوع : حكم وضعي .

أما قولنا : (الزكاة فريضة) ، و(العقد صحيح) مثلاً : فهو من الأحكام الشرعية ، وخرج بالعملية : الأحكام الاعتقادية ، والوجدانية الأخلاقية، مما يبحثها علم الكلام ، والتصوف ، مثل وجوب الإيمان بالله ، ووجوب التصديق برسالة النبي صلى الله عليه وسلم .

والأدلة جمع دليل ، والدليل لغة : الهادي إلى أي شيء حسّي أو معنوي ، خير أوشر ، واصطلاحاً : ما يمكن التوصل به إلى مطلوب خبري بنظر صحيح ، مثال ذلك : { إن الله يأمر بالعدل } ، { ولا تعتدوا } ، فالنظر في الآية الأولى : يدلنا على أن العدل واجب ، وفي الثانية : يدلنا على أن الظلم حرام .

فالدليل : هو ما يستفاد منه حكم شرعي عملي قطعي ، أو ظني . ونعت الأدلة بالتفصيلية لإخراج الأدلة الإجمالية ، التي لا تتعلق بمسألة بخصوصها ، بل يجري فيها وفي غيرها كمطلق الأمر ، ومطلق النهي ، فيكون المقصود بالأدلة التفصيلية : الأدلة المعينة والمشخصة، كاستنباط وجوب الصلاة من الأمر الوارد في قوله تعالى : { وأقيموا الصلاة } .

وتقسم الأدلة إلى قسمين : أدلة نقلية ، وأدلة عقلية .

فالأدلة النقلية طريقها النقل ، ولا دخل للمجتهد في إيجادها ، كالكتاب والسنة فلا أثر للمجتهد فيهما ، وكذلك الإجماع ، فإنه موجود قبل اجتهاد المجتهد. وكذلك العرف ، وشرع من قبلنا ، ومذهب الصحابي ، فكل ذلك

راجع إلى العمل بأمر ثابت لا دخل للمجتهد في وجوده ، ولا إنشائه .

والأدلة العقلية هي التي يكون للمجتهد أثر في وجودها ، كالقياس والمصالح المرسلة ، والاستحسان .

وهذا التقسيم إنما هو بالنظر لذات الأدلة ، لا بالنظر للاستدلال بها ، فكل واحد من النوعين مفتقر إلى الآخر ، ولا غنى له عنه .

فالاستدلال بالمنقول لا بد فيه من النظر بالعقل ، والاستدلال بالمعقول لا يعتد به في نظر المشرع ، إلا إذا كان معتمداً على النقل ، ومما تجدر الإشارة إليه أن الأدلة الشرعية لا تنافي قضايا العقول السليمة .

فلا يمكن أن يوجد دليل صحيح يعارض العقل السليم ، والتعارض إنما يقع في حالة عدم صحة الدليل ، أو عدم فهمه فهماً صحيحاً ، أو في حالة إصابة العقل بمرض كالعته ، أو إصابته بهوى أو غرض أو مصلحة ذاتية .

فالله تبارك وتعالى أقام الأدلة وأنزلها على الأنبياء والرسل لتتلقاها عقول المكلفين بالقبول ، حتى يعملوا بمقتضاها ، ولو كانت متعارضة مع العقول لم تتلقها بالقبول، وبالتالي لم تعمل بها ، ولو كانت الأدلةأو التكاليف متناقضة مع العقول لكان التكليف بها تكليفاً بما لا يطاق ، وذلك من جهة التكليف بما لايصدقه العقل ولا يتصوره .

وبناء على ذلك : لا تكون هناك فائدة من تشريع الشرائع ، وتنزيل الكتب لتبليغها للناس ، ويكون ذلك كله عبثاً ، والله تعالى لا يفعل العبث ، بل هو منزه عنه .

وكذلك : فإن مورد التكليف هو العقل ، حتى إذا فُقد ارتفع التكليف ، وهذا يؤكد أن تكون الأدلة متلائمة مع العقل السليم ، وإلا لو جاءت على خلاف ما يقتضيه العقل لكان لزوم التكاليف على العاقل أشد من لزومها على المجنون والصبي والنائم ، إذ لا عقل لهؤلاء يصدق أو لا يصدق . بخلاف العاقل الذي يأتيه ما لا يمكن تصديقه لتنافيه مع العقل ، ولكان سقوط التكليف عن العقلاء من باب أولى .

بعد هذا العرض عن تعريف الفقه أستطيع أن أقول :

إن في الفقه المستمد من القرآن والسنة ثوابت لا تتغير، ومبادىء خالدة لا تتبدل . كالتراضي في العقود ، وضمان الضرر ، وقمع الإجرام ، وحماية الحقوق، والمسؤولية الشخصية .

أما الفقه المبني على القياس ، ومراعاة المصالح والأعراف والاستحسان ، وكل ما يعتمد على الرأي والاجتهاد ، فيقبل التغيير والتطور بحسب الحاجات الزمنية ، وخير البشرية ، ما دام الحكم في نطاق مقاصد الشريعة ، وأصولها الصحيحة ، وذلك في دائرة المعاملات ، لا في العقائد والعبادات ، وهذا هو المراد بقاعدة تتغير الأحكام بتغير الأزمان ، وهو ما نلاحظه من اختلاف الفقهاء في عصر واحد لاختلاف بيناتهم ، وفي عصور متعاقبة لاختلاف أزمنتهم ، فيذكر أن قول المتقدمين كذا، وقول المتأخرين كذا ، وكل ذلك أدلة واضحة على أن التشريع الإسلامي خصب مرن متطور ، يساير المصالح الزمنية ، ويراعى الأعراف المكانية ، وبدهي أن هذا التغيير في أحكام المعاملات دون العقائد والعبادات ، ودون ما هو ثابت من الأحكام بنصوص قطعية الثبوت وقطعية الدلالة، فالتغير في الفروع لا في الأصول والقواعد ولذا نلاحظ من ذلك وبشكل

واضح أنه من الممكن تقسيم الشريعة الإسلامية بشكل عام إلى أمور دينية تتعلق بأحكام العقيدة والعبادة ، وإلى أمور تشريعية تتناول بقية الأقسام المتعلقة بأحكام المعاملات والأسرة والعقوبات والجهاد والسير والاقتصاد ...

وإن تقسيم الشريعة الإسلامية إلى دين يشمل العقيدة والعبادات ، وإلى تشريع يتناول الفقه المدني والجزائي والدولي والاقتصادي والأحوال الشخصية وسائر الفروع التشريعية الأخرى ، يعطينا منهجاً عملياً يبين لنا كيف يتم تطبيق هذا التشريع حتى في دولة لا يدين جميع أفرادها بالإسلام ، لأن التشريع شطر يمكن فصله عن العبادة والعقيدة بالنسبة لمن لا يدين بها .

فالشطر التعبدي ديني خاص بالمسلمين ، والشطر التشريعي يطبق على كل من يستوطن دولة الإسلام من مسلمين وغيرهم .

إن التشريع الإسلامي كما يتضح من أقسامه وجد ليحكم العلاقات كلها ، علاقة الانسان مع ربه ، وعلاقة الفرد مع الآخرين ، وعلاقته مع دولته ، وعلاقة الدولة المسلمة مع غيرهال من الدول .

وإن التقسيم إلى دين وتشريع هو تقسيم من حيث المنهج ، لا من حيث المبدأ والمصدر ، فلا يعني هذا التقسيم أن لكل من هذين الشطرين منابع أو مصادر تختلف عن الشطر الآخر ، بل كل عبادة وإن كانت خاصة بالفرد يؤديها أمام ربه يناجيه ، هي في الوقت ذاته تقوية لرقابة الله تعالى في قلبه ، وتقوية لصلة هذا الفرد بمجتمعه الذي يعيش فيه ، حيث يصبح مصدر خير لمن حوله ، يؤدي ما عليه من واجبات دون تردد ، وبرقابة داخلية ، لأن العبادة في الإسلام شرعت لإصلاح النفس والعقل والسلوك ، ولتكون عبادة خالصة لله تعود بالخير على الفرد

والمجتمع . والقاعدة الأولى ، والأساس الأول الذي بنيت عليه العبادات والتشريعات الإسلامية هو قاعدة { لا إله إلا الله } فهي المنبع الذي يستمد منه الضمير حياته ويقظته ونماءه ، حتى صار واجب الرقابة الداخلية عند الانسان المؤمن أخطر من واجب القانون ، لا إله إلا الله ، ولا فاعل إلا الله ، ولا مقدر ولا مشرع ولا واهب ولا مانع إلا الله ، إذن ينتفي تعلق الرغبة والرهبة بغير الله عز وجل ، ويتحرر الإنسان من العبودية للإنسان والمال والهوى وحب الحياة ليكون عبداً لله وحده ، فمن لا يخضع للخالق يخضع لأحقر مخلوقاته ، ومن يخضع للخالق تتلاشى في عينه قدره المخلوقات.

وإن تلبية الفقه الإسلامي لجميع متطلبات العصر تظهر واضحة من منابع كثيرة في الفقه الإسلامي ، وأخص منها :

الاجتهاد ، والاستصلاح ، والعرف ، والاستحسان .

١ - الاجتهاد:

إذا كانت النصوص تشمل نوعين من الأدلة. هما : القرآن الكريم ، والسنة النبوية الشريفة ، ويمكن أن نلحق بها فتوى الصحابي ، وأن يرجع إليها الإجماع في بعض صوره . فالذي لا شك فيه أن سائر الأدلة الأخرى ترجع إلى الاجتهاد ومن بينها بعض أنواع الإجماع ، والقياس كله ، ثم الاستصلاح، والاستحسان ، والاستصحاب ، ومراعاة العرف .

ومن هنا نستطيع أن نعلل لتلك القضية المشهورة التي تقول :" لا اجتهاد مع النص" ، إذ الاجتهاد كما رأينا مقابل للنص ، وقسيم له ، فلا يمكن أن يجتمعا.

على أنه لكي تصح هذه القضية يجب أن يقيد النص فيها بالقطعي ، إذ النص القطعي (في سنده وفي دلالته معاً) هو الذي لا مجال معه للاجتهاد ، أما سائر

الأدلة من بينها النصوص الظنية ، في سندها أو في دلالتها ، فإن الاجتهاد هو مصدر الاستدلال بها .

وبديهي أننا إنما نبحث في أدلة التشريع ومصادره لنصل بها إلى الأحكام ، وأننا إذ نحاول تعرف الأحكام إنما نهدف إلى العمل بها . فالعمل إذن هو الغاية .

وإذا كانت أحكام العبادات تعتمد أساساً على النصوص ، لأن معظمها تعبدي لم تظهر علله ، وثابت غير متطور ، فإن أكثر ما شرع من أحكام المعاملات قد بني على الاجتهاد ، تيسيراً للحياة ، وتحقيقاً للمصالح ، وتلاؤماً مع الحاجات .

وقد اختص الله عز وجل الشريعة الإسلامية بميزتين حين جعلها عامة دائمة ، وطالب جميع الناس بالاحتكام إليها حتى يرث الأرض ومن عليها . فهل كان ممكناً أن تفي هذه الشريعة بحاجات الناس جميعاً ، منذ شرعت إلى نهاية هذه الحياة ، دون أن يمدها الاجتهاد بجديد من الأحكام ، كلما واجه الناس جديداً في حياتهم ؟

حقيقة خص الله عز وجل الإسلام بميزة أخرى ، إذ أبقى معه معجزته وهي القرآن الكريم ، ليكون لها من دوامه دليل على دوامها .

وحقيقة اختص القرآن الكريم - بصفته المصدر الأول للتشريع - بميزة لها شأنها ، حيث زودت نصوصه بكثير من عوامل الخصوبة والسعة ، فتنوعت الطرق التي تدل بها على الأحكام وحفلت بالكثير من تعليلات الأحكام على نحو يوحي بأن الأحكام مرتبطة بها ، ويسمح بالقياس عليها ، وبرعاية المصلحة . واقتصرت في المعاملات عامة على الأحكام الأساسية التي تصلح لكل جماعة ، في كل مكان ، وفي كل زمان ، ثم قررت كثيراً من المبادىء العامة التي يمكن تشريع الأحكام الكثيرة على ضوئها .

ولكن هذه الميزة في القرآن الكريم - وإن كانت مظهر غنى فيه - كانت هي نفسها دعوة إلى الاجتهاد ، وحثاً عليه ، وكانت هنالك دعوة أخرى إلى الاجتهاد ، تلح في توجيهها ضرورة مسايرة الشريعة لحاجات الناس ، واتساعها لهذه الحاجات ، فإذا ذكرنا أن الحياة متطورة متجددة بطبيعتها ، وأنها تواجه الناس بجديد إثر جديد في كل زمن ، وفي كل شيء أدركنا على وجه اليقين أن الاجتهاد ضرورة لا بد منها ، وأن الحاجة إليه باقية ما بقيت هذه الحياة .

من هنا لم يكن ممكناً أن تجمد الشريعة الإسلامية عند النصوص، ولا أن تقف عند مفهوم واحد لكل نص ، فإن النصوص نفسها تدعو إلى الاجتهاد ، وتعد بالثواب عليه حتى حين ينتهي إلى الخطأ ، متى توافرت شروطه .

ومن هنا أيضاً ، نستطيع أن نقرر في ثقة ويقين : أن الأمة الإسلامية مطالبة في كل عصر بالاجتهاد ، آثمة إن هي أغلقت بابه ، ورضيت بالتقليد .

وإنا لنردد اليوم ماقاله سلطان العلماء ، عز الدين بن عبد السلام ، منذ أكثر من سبعة قرون من أنه " إن وقعت حادثة غير منصوصة ، أو فيها خلاف بين السلف فلا بدّ فيها من الاجتهاد من كتاب أو سنة ، وما يقول سوى هذا إلا صاحب هذيان " .

٢ - الاستصلاح :

والاستصلاح : هو بناء الأحكام الفقهية على مقتضى المصالح المرسلة ، والمصالح جمع مصلحة ، والمصلحة : جلب المنفعة أو دفع المضرة ، والمرسلة أي : المطلقة ، والمصلحة المرسلة : هي المصلحة التي لم يقيد اعتبارها أو إلغاؤها بورود نص خاص يغنيها ، وإنما العبرة في اعتبارها ماجاء في الشريعة من أصول عامة ،

وقواعد كلية من شأنها أن تعتبر المصالح وتحميها بشكل عام ، وبصورة مرسلة أي: مطلقة غير مقيدة بنص خاص ، ومثال المصلحة المرسلة ، المصلحة التي شرع لأجلها عمر رضي الله عنه اتخاذ الدواوين والسجون ، ومثل جمع القرآن في عهد أبي بكر ، وهي مصلحة لم يرد نص في الشرع على اعبتارها أو إلغائها ..

أنواع المصالح :

يتضح من التعريف أن المصالح أنواع ثلاثة :

النوع الأول : المصالح المعتبرة:

وهي : المصالح التي شهد الشرع باعتبارها ، وترجع إلى القياس ، وهو اقتباس الحكم واستنباطه من معقول النص بع معرفة العلة التي ناط الشارع الحكم بها. كما حكمنا أن كل ما أسكر من مشروب فهو حرام قياساً على الخمر ، لأنها حرمت لحفظ العقد الذي هو مناط التكليف . فتحريم الشرع للخمر دليل على ملاحظة هذه المصلحة ، ومثلها : المصالح في حفظ النفس والمال وأمثالها ، حيث شرع الله تعالى لحفظها القصاص ، وقطع اليد ... الخ .

النوع الثاني: المصالح الملغاة:

وهي : المصالح التي شهد الشرع ببطلانها ، لأنها وإن لبست ثوب المصلحة ولكنها في حقيقتها مفاسد ومخاطر ، وهي مصالح لا يصلح بناء الأحكام عليها باتفاق العلماء. ذلك لأن الشارع لا يلغي مصلحة إلا إذا ترتب على اعبتارها تفويت مصالح أرجح منها .

والامثلة على ذلك كثيرة:

أن الشارع ألغى مصلحة حفظ النفوس من القتل والأسر بالاستسلام للعدو ، ولم يعتد بها ، بل أمر بمقاتلة العدو والدفاع عن بلاد الإسلام مراعاة لمصلحة

أرجح منها وهي حفظ كيان الأمة وكرامتها .

ب - منع تعدد الزوجات قد يبدو فيه مصلحة تلافي ما يحدث بين الضرائر من المنازعات والخصومات مما قد يؤدي إلى نتائج سيئة في حل الروابط بين أفراد الأسرة الواحدة . ولكن الشارع ألغى هذه المصلحة ، ولم يعتد بها ، وأباح تعدد الزوجات ، اكتفاء باشتراط العدل بين الزوجات لإباحة هذا التعدد ، نظراً لما يترتب عليه من المصالح العديدة : كتكثير النسل الذي هو المقصود الأول من الزواج، وصون ذوي الشهوات الحادة عن اتخاذ الخليلات والوقرع في الزنا ، وليكون التعدد علاجاً اجتماعياً عندما يعرض للأمة نقص في رجالها ، وخاصة في أعقاب الحروب ، حتى لايبقى عدد كبير من النساء بلا عائل يقوم بأمرهن ، وزوج يُحصّن نفوسهن .

ج - ومثل الربا ، فإن فيه مصلحة للمقرض بالفائدة ، وللمستقرض بالاستفادة من المال ، ولكن الشارع ألغى هذه المصالح ولم يعتد بها وحرم الربا ، لأن هذه المصالح الظاهرية تخفي وراءها مفاسد كبيرة : من الاستغلال ، ووجود طبقة في المجتمع لا تعمل شيئاً ، ولكنها تحصل على كل شيء ، لأنها تملك المال. وطبقة أخرى تعمل كل شيء ولا تحصل على شيء حتى على الغذاء المناسب الذي يقيم أودها ، والكساء الذي يواري جسدها ، إنه العرق والدم الذي يلغ فيهما المرابي صاحب المال بشراهة .

النوع الثالث: المصالح المرسلة:

وهي المصالح التي لم يشهد لها من الشرع نص معين بالاعتبار ولا بالبطلان ، وهذه المصالح : تعتبر مصدراً من مصادر التشريع في كل ما لم يرد عليه نص من النصوص . وباتفاق العلماء جميعاً ، فجميع المذاهب على تحقيق المصالح والتعليل

بها وبناء الأحكام عليها .

وتنقسم المصالح المرسلة التي لم يشهد الشرع باعتبارها ، ولا ببطلانها بحسب قوتها **إلى ثلاثة أقسام:**

أ - **الضروريات:** وهي المصالح التي تقوم عليها حياة الناس الدينية والدنيوية بحيث تختل أمور الحياة باختلال واحدة منها ، وهي خمس :
(حفظ الدين ، والنفس ، والعقد ، والنسب أو العرض ، والمال) .

ب - **الحاجيات:** وهي المصالح التي يحتاج إليها الناس لرفع الشدة والضيق والحرج عنهم ، بحيث إذا اختل واحد منها لا تختل الحياة ، وإنما يقع الناس في الحرج والضيق ، وذلك مثل : تسليط الولي على نكاح الصغيرة لحاجة اختيار الكفء الصالح ، وسقوط الصلاة عن الحائض والنفساء لحاجة دفع المشقة والحرة ، وإباحة الفطر في للمريض والمسافر والحامل والمرضع .

ج - **التحسينيات:** وهي المصالح التي يقصد بها الأخذ بمحاسن العادات ومكارم الأخلاق مثل ، صينانة المرأة عن مباشرة عقد نكاحها بنفسها بإقامة نيابة عنها ، ومنه ، الرفق والإحسان .

وهذه الأنواع الثلاثة هي دعامة للمصالح المرسلة :

حجية المصالح المرسلة:

جمهور العلماء اعتبروا المصالح المرسلة حجة شرعية ، وأصلاً من أصول الأحكام في الوقائع التي ليس فيها قرآن أو سنة أو إجماع أو قياس أو استحسان ، واستدلوا على ذلك بما يلي :

أولاً : إن الأحكام الشرعية أساسها وغايتها مصالح الأمة من جلب المنافع ، ودفع المضار ، فكل مافيه مصلحة مطلوب ، وقد جاءت الأدلة بطلبه ، وكل مافيه مضرة منهي عنه ، وقد جاءت الأدلة بتحريمه ومنعه ، وهذا أصل ثابت مجمع عليه عند جميع علماء المسلمين ، فما قال أحد منهم إن الشريعة الإسلامية جاءت بأمر ليس فيه مصلحة للعباد ، وما قال أحد منهم : إن شيئاً ضاراً أو فيه مفسدة قد شرع في جملة ماشرع .

ثانياً : إن مصالح الناس تتجدد يوماً بعد يوم ولا تتناهى ، فلو لم تشرع الأحكام لما يتجدد من مصالح الناس ، واقتصر التشريع على المصالح التي نص عليها الشارع بأعيانها ، لعطلت كثير من مصالح الناس في مختلف الأزمنة والأمكنة ، ولوقف التشريع عن مسايرة تطورات الناس ، وهذا يتعارض مع ماهو مجمع عليه من تحقيق التشريع لمصالح الناس ، إضافة إلى أن عدم الأخذ بالمصلحة في كل موضع تحققت فيه يؤدي إلى الحرج والضيق ، والله تعالى يقول : { وما جعل عليكم في الدين من حرج }.

ثالثاً : إن الصحابة رضي الله عنهم قد سنّوا أحكاماً لتحقيق مطلق المصلحة ، فأبو بكر جمع الصحف المفرقة في مصحف واحد ، وحارب مانعي الزكاة ، واستخلف عمر بن الخطاب ، وعمر أمضى الطلاق الثلاث بكلمة واحدة ، ومنع سهم المؤلفة قلوبهم من الصدقات لأن الله أعز الإسلام ، ووضع الدواوين ، وأقام السجون ، ولم يقطع يد السارق عام المجاعة ، وجميع هذه الأحكام بنيت على المصالح المرسلة ، وهذه المصالح جميعاً لا دليل من الشرع على إلغائها وإبطالها بأعيانها ، كما لا دليل على اعتبارها بأعيانها ولهذا كانت مرسلة .

٢ - العرف :

ومما تجدر الإشارة إليه أن الأحكام المبنية على العرف تتغير بتغيره زماناً ومكاناً، ولذا قال الفقهاء : (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان) . ويقولون أيضاً : (هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان) فكثير من الأحكام المبنية على العرف تتغير بتغير المكان أو لاختلاف الزمان أو بسبب حدوث ضرورة ، أو يعامل تحقيق مصلحة عامة ، ومن ذلك الأمثلة التالية :

أ - تضمين الأجير المشترك مع أنه في الأصل أمين على ما في يده لا يضمن إلا بالتقصير أو التعدي ، ولكن نظراً لفساد الزمان ، ومحافظة على أموال الناس جرى عرف الفقهاء على تضمينه .

ب - أفتى المتأخرون من الفقهاء بجواز أخذ الأجرة على الإمامة والأذان والخطبة وتعليم القرآن ، نظراً لتغير الزمان ، مع أنه في الأصل : أن هذه الأفعال عبادات ولا يصح أخذ الأجرة عليها ، ولكن إذا طبق هذا ، ولم تعط لهم الأجرة جاعوا . وإذا اشتغلوا بالاكتساب من تجارة أو صناعة أو زراعة تعطلت هذه الشعائر ، لذا اعتبروا أخذ الأجرة لحبس أنفسهم في أماكن محددة ، لاعلى العبادات التي يؤدونها .

ج - إن الإمام أبا حنيفة كان يرى الاكتفاء في الشهود بالعدالة الظاهرة في غير الحدود والقصاص ، ولم يشترط التزكية من قبل من يثق القاضي بعدالته ، وكان هذا الحكم مناسباً في زمن أبي حنيفة ، لغلبة الصلاح فيه ، ولكن لما تغير الحال وانتشر الكذب في عهد الصاحبين رأيا أن الأخذ بقول الإمام يؤدي إلى ضياع الكثير من الحقوق ، لذلك قالوا بوجوب تزكية جميع الشهود من قبل من يوثق بدينه وصدقه وعدالته .

د - وكذلك الغبن الفاحش في المعاملات يرجع في تحديده إلى عرف التجار حسب نوع كل عقد أو تصرف .

وهكذا فالعرف من المصادر الخصبة في التشريع والفتوى والقضاء .

٤ - **الاستحسان:** وهو أيضاً من المصادر الخصبة في التشريع والفتوى والقضاء ومن الأمثلة التي بنيت على الاستحسان وفيها تلبية للحاجات :

أ - عقد الاستصناع وهو : أن يتعاقد شخص مع آخر ليصنع له شيئاً بأجرة معينة وبشروط مخصوصة ، فإن القياس عدم جوازه ، لأن القاعدة العامة المقررة في أحكام البيع : أن العقد على المعدوم باطل ، وهنا الشيء المطلوب صنعه معدوم وقت العقد ، ولكن الناس تعارفوا على التعامل بذلك في كل العصور ، ولم ينكر عليهم أحد من المجتهدين ، فكان ذلك استحساناً لتحقق الإجماع على الحكم ، فالمراد بالاستحسان هنا العدول عن الحكم ببطلان الاستصناع إلى الحكم بجوازه ، لوجوده الإجماع من المجتهدين على جوازه .

ب - ومن هذا أيضاً الاستحمام في الحمامات العامة من غير تحديد لكمية الماء المستهلك ، أو مدة المكث في الحمام ، فإن القاعدة العامة والقياس يقتضي عدم الجواز لجهالة أحد البدلين ، لأن الناس يتفاوتون في مقدار الاستهلاك ، والجهالة تفسد العقد ، ولكن الناس اعتادوا هذا التعامل من غير أن ينكر أحد من المجتهدين عليهم ، فكان الجواز استحساناً ثابتاً بطريق الإجماع ، فالاستحسان هنا : عدول عن الحكم ببطلان استئجار الحمامات إلى الحكم بجوازه لوجود الإجماع من المجتهدين على الجواز .

ج - تطهير الآبار والحياض إذا تنجست ، فإ القياس والقاعدة العامة أن لا

تطهر إذا تنجست ، سواء أنزح جميع الماء الموجود فيها أو بعضه ، وذلك لأن نزح البعض لا يؤثر في طهارة الباقي ، كما هو واضح ، ونزح جميع الماء أيضاً لا يفيد طهارة ما ينبع من جديد ، لأ الجديد يتلوث مباشرة عندما يلاقي الماء المتلوث ، وهكذا يتنجس الجديد ، ولكن ترك العلماء القياس والقاعدة في التطهير للضرورة، والضرورات تبيح المحظورات ، وقالوا : بالطهارة بعد نزح بعض الماء كما هو مفصل في كتب الفقه ، فهذا الحكم ثابت استحساناً على خلاف القياس بسبب الضرورة ، فالاستحسان هنا : عدول عن الحكم بعدم إمكان طهارة الآبار متى تنجست إلى الحكم بطهارتها إذا نزح مقدار معين من الماء بناء على الضرورة والحاجة .

د - ومثله أيضاً القول بطهارة سؤر سباع الطير كالنسر والصقر والحدأة والغراب ، فالقياس والقاعدة العامة : أن يكون سؤرها نجساً ، لأنها تأكل لحوم الميتة بمناقيرها، ولحوم الميتة نجسة ومناقيرها لا تخلو منها عادة ، كما أن القاعدة : أن لعابها يتصل بالماء عند الشرب ، ولعاب كل حيوان متولد من لحمه، ويأخذ حكمه ، ولحمها نجس ، فلعابها نجس أيضاً ، ومقتضى كل ذلك أن يتنجس الماء بشربها كما لو شربت من الماء سباع البهائم ، كالفهد والنمر ، ولكن لما كانت سباع الطير تشرب بمناقيرها ، ومناقيرها قرنية صقيلة لا تحمل نجاسة ، كما أنها تنقض من الهواء ، ولا يمكن الاحتراز منها ، خصوصاً بالنسبة لسكان القرى والفلوات ، لذا قال العلماء بطهارة سؤرها استحساناً للضرورة . فالاستحسان هنا عدول عن الحكم بنجاسة سؤر سباع الطيور إلى الحكم بطهارة سؤرها للضرورة .

وبهذا ينتهي الكلام إلى : أن الشريعة الإسلامية ملائمة لكل زمان ومكان ، وأنها تسلك بالأمة أعدل نظم القضاء ، وأرفع طرق المدنية ، وأنها شريعة سمحة

تتناول كل مايعرض من الحوادث والوقائع المستجدة ، وتقوم بحاجات الشعوب على تباعد مابينها . وتتسع لمقتضيات العصور على اختلافها ، وأنها ليست كما يزعم خالي الذهن من تعاليمها وحقائقها ضيقة المجال ، فلا تلبي حاجات الناس ، ولا تفي بأحكام الحوادث ، وليست قديمة العهد فلا تحفظ مصالح ماتجدد من الأزمان ، وأن مصادرها تجعل المجتهدين ورجال التشريع في سعة تخلصهم من مواقف الحيرة والتردد، وتعصمهم من الاستجداء والحاجة لتشريعات الآخرين ، وتفتح لهم طرقاً يصدرون بها الفتاوي في دقة ويسر ، وينفذون منها إلى الفصل في القضايا في سرعة ، مع رعاية الظروف ، وما استجد في الحياة من مطالب ، زيادة على مافيها من الدلالة على سماحة الإسلام ، وأنه دين الفطرة لا يشعرالمستظلون بلوائه بحرج فيما شرع لهم .

وإنما أملنا كبير في أن يأخذ أبناء أمتنا من هذه الثروة العظيمة التي في كل بلد منها أثر ، وفي كل تشريع منها خبر ، حلولاً يستنيرون بها في معالجة مشكلاتهم، وقواعد يعتزون بها ويفاخرون ، بل يتحررون من غزو المذاهب البتراء القائمة على أسس مادية مجردة من القيم الخلقية والحقائق الإيمانية ، والمبنية على ردود فعل متطرفة ، بعيدة عن الفطرة والواقعية ، والاعتدال ، وليقدموا للعالم تشريعاً كاملاً غنياً يقيم التوازن بين المادة والروح ، وبين المثالية والواقعية ، وبين الفرد والجماعة ، بل يضع كل ذلك في كفتي ميزان ، دون أن تطغى الروح على المادة ، أو المادة على الروح ، { وابتغ فيما آتاك الله الدار الآخرة ، ولا تنس نصيبك من الدنيا } ، ودون أن تطغى مصلحة الفرد على مصلحة الجماعة ، كما تفعل بعض النظم الأرضية ، ودون أن تطغى مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد ، كما تفعل بعض النظم الأخرى ، فتهدر كرامة الفرد وطموحه وكيانه ، لتجعله آلة صماء ، وحق لهذه النظم جميعاً أن تفعل ذلك ، لأنها من وضع البشر ، والبشر مهما يسمو وينمو ، وتكمل خبراته ومعارفه وثقافاته ، فهو لا يزال في عتبة

المعرفة ، وبداية الطريق { وما أوتيتم من العلم إلا قليلاً } .

ولقد تحققنا بالتجربة العملية أننا حينما أخذنا بهذه الرسالة الخالدة رسالة الإسلام ، وتشريعاته ، حققنا حضارة ومدنية مكانها في التاريخ متميز ، ومنزلتها بين بقية الحضارات الأخرى ، كمنزلة الشيء الكامل التام بين أشياء ناقصة شوهاء ، وكنا قادة العلم ، نقودهم إلى شاطىء العزة والكرامة والحرية والسلام ، (جئنا لنخرج العباد من عبادة العباد إلى عبادة الله وحده) .

كما تحققنا بالتجربة العملية أننا حينما بعدنا عن هذه الرسالة، وهذا التشريع، بدأنا نهوى في مهاوي الانحطاط والتخلف ، حتى استطاعت قوى العدوان أن توجه خنجراً مسموماً مصوباً لقلب كل عربي وكل مسلم ، وهو الصهيونية ، وآثارها الخطيرة والوخيمة ، التي تستهدف إقامة الدولة المزعومة من الفرات إلى النيل ، بعد أن استلبت ودنست فلسطين من أقصاها إلى أدناها ، وأولى القبلتين ، وثالث الحرمين الشريفين .

ولقد حرص أعداء الإسلام دائماً على حجب هذه الحقائق عن ناشئتنا وشبابنا ، وعلى إبعادهم عنها ، ليفرضوا شكلاً معيناً من الفكر والتشريع ، يتلاءم مع أغراضهم ومصالحهم ، كما حرصوا أن يسدوا منافذ المعرفة في وجوهنا ، حتى لا نسمع إلا صوتهم ، ولا نرى إلا أنظمتهم ، وقواعدهم وتشريعاتهم ، والاستعمار الفكري أشد ضرراً وأعظم خطراً من الاستعمار العسكري ، رغم ضرره وعظيم خطره .

وليست القضية أن نسد الأبواب والمنافذ بيننا وبين غيرنا ، أو ألا نستفيد من تجارب الغير ، ولكن الحماقة أن نعيش في أجواء غيرنا ، ونعرف ثقافته وتشريعاته ، ونجهل تشريعنا الذي عشنا معه وعاش معنا ، ووجد في أرضنا أن

نجهل ذاتنا ، ونهمل ثروتنا ، أو ننظر إليها من زاوية غيرنا وفكره ، ومن موقفه الذي تمليه مقاييس لعقائد وفلسفات أخرى أخرى بعيدة عنا وغريبة .

إن الجريمة الكبرى التي لا تدانيها جريمة أن ترمي أمة من الأمم بثرواتها ، وتراثها ، وتشريعاتها ، ومؤلفاتها الفكرية في عالم الإهمال والنسيان ، ثم تستجدي من الآخرين لتصبح عالة على الأمم الأخرى في قوانينها وتشريعها وفلسفتها وعاداتها ، وذيلاً لها .

إن الخطوة الأولى في طريق البناء والتقدم لكل أمة من الأمم هو إثبات ذاتها ، والاعتزاز بشخصيتها ، وعدم الذوبان في غيرها ، بدءاً من الاستفادة من ثرواتها ومعرفة رصيدها الفكري والثقافي والتشريعي ، ومن ثم تختار طريقها عن حرية ، لا عن عبودية وذيلية وتبعية .

والخلاصة : إن هذه الشريعة الإسلامية هي منهج الله تعالى للحياة البشرية في جميع أطوارها وأحوالها ، وهذا المنهج لا يغفل عن فطرة الإنسان ، وحدود طاقته ، وواقع حياته ، فهو يبلغ بالناس ما لم يبلغه أي منهج آخر من صنع البشر على الإطلاق ، وفي يسر وراحة واعتدال ، مع تلبية كاملة لمتطلبات كل عصر .

أليس هذا المنهج من عند الله تعالى ؟ أليس الله قادراً على كل شيء ؟ أليس عالماً وهو خالق الكون والإنسان والحياة - بما يسعد هذا الإنسان ؟

فهرس المراجع

١ - الأحكام السلطانية للقاضي محمد بن الحسين الحنبلي (ط ٣ دار الفكر ١٣٩٤هـ)

٢ - أحكام القرآن ، أبو بكر أحكمد بن علي الرازي الجصاص (مطبعة الأوقاف ١٣٢٥هـ) .

٣ - أصول الفقه للعلامة الشيخ محمد أبي زهرة .

٤ - تاريخ التشريع الإسلامي للعلامة محمد الخضري (مطبعة دار السعادة) .

٥ - تسهيل الوصول إلى علم الأصول للعلامة المحلاوي(ط مصطفى البابي الحلبي)

٦ - الرسالة للإمام محمد بن إدريس الشافعي (طبع مصطفى البابي الحلبي) .

٧ - الفروق للعلامة أحمد القرافي (دار إحياء الكتب العربية ١٣٤٤هـ) .

٨ - قصة الصراع بين الدين والفلسفة للدكتور توفيق الطويل (ط ١٩٧٩ م) .

٩ - المدخل لدراسة التشريع الإسلامي للأستاذ الدكتور عبد الرحمن الصابوني (طبع جامعة دمشق) .

١٠ - المدخل الفهقي العام للعلامة الأستاذ الشيخ مصطفى أحمد الزرقا (دمشق دار الفكر ١٩٦٧م) .

١١ - المستصفى للإمام أبو حامد الغزالي بذيله فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ١٩٦٧م) .

١٢ - الميسّر في أصول الفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور إبراهيم محمد سلقيني (طبع دار الفكر ١٩٩١ م بدمشق) .



تعقيب على الجلسة الثانية
للدكتور سعيد عبدالله حارب المهيري*

لايختلف اثنان من المسلمين على أن الشريعة الاسلامية صالحة لكل زمان ومكان، لكن كثيراً منهم لايعرف ماهية هذه الصلاحية، وكيف أن الشريعة جاءت لصلاح هذه البشرية وسعادتها إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها ، فترتفع بين حين وآخر أصوات ودعوات مطالبة بعزل الشريعة عن التطبيق في الحياة أو قصرها على الجوانب التعبدية والأخلاقية ، يدفعهم إلى ذلك جهلٌ بحقيقة هذه الشريعة أو عجز عن استيعاب أهدافها وغاياتها، وحياة عصرية سريعة متغيرة تحتاج إلى أحكام وآراء متجددة ، كما يدفع البعض الآخر منهم اعتقاد خاطىء بأن الشريعة الإسلامية لاتستطيع أن تواكب متطلبات العصر ، وتأثراً بالآخرين فقد عزلوا الدين في زوايا ضيقة من الروحانيات والمعتقدات القلبية متجاهلين الفرق الشاسع بين الإسلام كدين ومنهج والمعتقدات الأخرى التي اقتصر دورها على جانب محدد من جوانب الحياة .

وهناك فئة أخرى وهم دعاة الالتزام بتطبيق الشريعة الإسلامية ينافحون عن دعواهم بشمول هذه الشريعة الإسلامية ومرونتها ، شمول في العبادة وشمول في التشريع، إذ جاءت هذه الشريعة لتضع تشريعاً كاملاً لالفرد ولا لأسرة ولا لمجتمع وإنما لكل بني الإنسان محققة شمولها في جوانب التشريع الجنائي والمالي والسياسي والإداري والدولي وغير ذلك من الجوانب التي تنظم حياة الإنسان .

ومع يقيننا بصدق هذ الفريق إلا أن كثيراً منهم يقف عاجزاً عن إنزال هذه الأحكام منزل التطبيق في عصر كثرت فيه الحوادث وتغيرت المقاصد فتوقف بعض

---

* أمين عام الجامعة المساعد السابق ونائب مدير الجامعة لشئون خدمة المجتمع.

فقهائنا - مع إخلاصهم - عن البحث لإيجاد حلول سريعة لمثل هذه المستجدات، وكان من السهل عليهم الهروب خلفاً لترديد ماقاله سلفنا الصالح من فقهاء العصور المتقدمة الذين أثروا حياتنا بعظيم الاجتهادات وكثير الكتب والتآليف ، و مازال أثرهم مستمراً موصولاً بالأجر والثواب إن شاء الله ، ومع حاجتنا المستمرة لهذا التراث العظيم الذي قل أن نجد مثله عند الأمم الأخرى ، إلا أن هؤلاء الفقهاء المجتهدين كانوا أكثر وعياً وإدراكاً لحاجة عصرهم مما نحن عليه اليوم ، ولاأعني أن اجتهادهم وفقههم كان فقهاً آنياً - أي لعصرهم فقط - بل كان جهداً مستمراً لكل العصور ، وإنما أعني أنهم كانوا يبحثون ويتحسسون قضايا عصرهم فيجتهدون في طلب الدليل لها واستخراج الأحكام من ذلك، فكانوا بتجاوبهم معاصرين لحياتهم غير معولين على غيرهم ، إذ كان يسع أحدهم الرجوع إلى من سبقه ناقلاً رأيه واجتهاده، فكان يسع الشافعي مثلاً أن يعود لفقه أبي حنيفة أو مالك فيكفي نفسه عناء البحث و المشقة . لكن الشافعي اجتهد لعصره وأخرج لنا ذلك الفقه العظيم الذي عالج فيه حاجة مجتمعه في زمن غير الزمن الذي عاش فيه من سبقه من الفقهاء ، بل إن فقه الشافعي نفسه قد تغير بتغير المكان فيما سُمّي بالفقه القديم والفقه الجديد حين انتقل الشافعي من العراق إلى مصر ، فاختلفت آراؤه نظراً للظرف المكاني الذي أفتى فيه .

وقد خالف كثيرٌ من الأئمة والفقهاء شيوخهم وأساتذتهم ، فقد خالف أبويوسف ومحمد بن الحسن الشيباني شيخهما أبا حنيفة على الرغم من عيشهم في فترة زمنية متقاربة ، كما خالف ابن القاسم شيخه مالك ، وخالف البويطي الشافعي ، وخالف المروزي أحمد بن حنبل ، ولم يكن ذلك نقصاً في علمهم أو تطاولاً على شيوخهم ، وإنما كان مرجعهم إلى حوادث استجدت لم تكن على عهد شيوخهم ، فاستقل بعضهم أو كاد أن يستقل بمذهبه كما فعل ابن حزم وابن تيمية ، بل إن

الفقهاء الذين جاؤوا بعد ذلك وعلى الرغم من الفترة الزمنية التي تفصلهم عن أئمة مذهبهم التزموا بأصول المذهب لكنهم اجتهدوا لعصرهم كما فعل الغزالي والنووي في المذهب الشافعي ، وابن عابدين و السمرقندي في المذهب الحنفي ، وابن قدامة وابن القيم في المذهب الحنبلي وغيرهم في مختلف المذاهب .

وإن هذا يدل على أن هؤلاء الفقهاء كانوا معاصرين في آرائهم وفقههم فكانوا ينظرون إلى مايجد لديهم من مسائل نظرة واقعية لحال الزمان والمكان مع ثبات في الأصول ومرونة في الفروع ، فلم يتعصبوا لرأي أو يقفوا عند قول بل كان البحث والاستقصاء وإعمال النظر منهجهم في دراسة القضايا والأحكام ، فساروا على هدي رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي أقر بحاجة كل زمان و مكان لمجتهد واعٍ كما جاء في حديث معاذ رضي الله عنه المشهور عندما قال له : " أجتهد رأي ولا آلو"، وكما ورد كذلك في حديث النبي صلى الله عليه وسلم حين قال : " اجتهدوا فكل ميسر لما خُلِق له " وحديث " أنتم أعلم بأمور دنياكم " .

ولذا كان منهج الصحابة رضوان الله عليهم والفقهاء من بعدهم هو عدم الجمود عند الرأي الواحد ، والدعوة إلى البحث عن الحكم من خلال الدليل والمصدر لأنهما ثابتان ، أما الفتوى فإنها قابلة للتغيير بتغير الزمان والمكان فيما يُحِلّ حراماً ولايُحرم حلالاً " .

ولذا نجد عمر بن الخطاب رضي الله عنه يوصي قاضيه أبا موسى الأشعري بقوله " ولايمنعك قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه رأيك فهُديتَ فيه رشدك ، أن تراجع فيه لحق ، فإن الحق قديم لا يبطله شيء ، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل " .

وهذا أبو حنيفة يقول لأبي يوسف : " لايحل لأحدنا أن يقول بقولنا حتى يعلم من أين قلنا " .

أما ابن حنبل فيقول : " لاتقلدني ولا مالكاً ولا الشافعي ولا الثوري . وخذ من حيث أخذوا " .

وكأنها دعوة صريحة لعدم الجمود والاتكال على ماقاله الأولون ، وإنما البحث والاستقصاء مع المحافظة على المعين الأول .

بل إن المتتبع لأقوال الفقهاء يجد أنهم كانوا يدعون لمراعاة ظروف العصر وأحواله عند الإفتاء أو استخراج الأحكام من أدلتها ، لاتغييراً في الدين بل اجتهاداً يراعي ظروف ال، فهذا عصر ابن القيم رحمه الله في كتابه (أعلام الموقعين عن رب العالمين) يذكر قاعدة جليلة سماها " تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد " ، ووصف عدم الأخذ بذلك التغير أنه : " وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف مالاسبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى الرتب والمصالح لاتأتي به ، فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها ، وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور ، وعن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة ، و عن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل " .

وهذا (القرافي) من المالكية صاحب (الفروق) وله أيضاً (الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام) قال : " وإن كل ماهو في الشريعة يتبع العوائد ، يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ماتقتضيه العادة المتجددة " .

وأما العز بن عبدالسلام فيقول في كتابه (قواعد الأحكام) : " إن التكاليف كلها راجعة إلى مصالح العباد في دنياهم وآخرتهم . والله غني عن عبادة الكل ، ولاتنفعه طاعة الطائعين ولاتضره معصية العاصين " .

وأما الشاطبي فيذكر في (الموافقات) : " أن أحكام المعاملات ومقاصدها الشرعية معروفة بالعقل وبأنها مبنية على رعاية المصالح أي جلب المنافع للناس ودرء المفاسد عنهم" .

ومن المتأخرين كان الشيخ محمد عبده من الداعين لمراعاة تغيير الأحكام بتغير الأزمان والأحوال ، فقد ورد له في مقال بمجلة (الوقائع المصرية) تحت عنوان " اختلاف القوانين باختلاف الأمم" مايلي : " لما كانت القوانين مناط ضبط الأعمال لتكون منتجة لجلائل الفوائد وهي ثمرة الأعمال النظرية و خلاصة الأبحاث الفكرية، صارت قوانين كل أمة على نسبة درجتها في العرفان ، واختلفت القوانين باختلاف الأمم في الجهالة والعلم ، فلا يجوز حينئذ وضع قانون طائفة من الناس لطائفة أخرى ، تباينها في درجة العرفان أو تزيد عليها فيه ، لأنه لايلائم حالة أفكارها ولاينطبق على عوائدها و أخلاقها ، وإلا اختل نظامها والتبس عليها سبيل الرشد".

ومن هنا نلاحظ أن هذه النصوص وغيرها تدعو بشكل واضح وصريح إلى أن يسعي العاملون في مجال الإفتاء والتشريع لمراعاة ظروف العصر واحتياجاته خاصة وأننا نجد مدى التعدد في الشريعة الإسلامية لا في الأحكام والفروع وحدها بل في مصادر هذه الأحكام ، فمع المصدرين الأصليين وهما الكتاب والسنّة واللذان لايجوز تجاوزهما إذ ورد فيهما نصٌ صريح نجد أن مصادر التشريع الأخرى كالإجماع والقياس والاستحسان والعرف والمصالح المرسلة وسد الذرائع والإستصحاب .. و

غيرها من المصادر دليل واضح على إمكانية مواكبة العصر وتلبية احتياجاته التشريعية في غير إخلال بالقواعد الثابتة في الشريعة الإسلامية .. ولا أدل على ذلك من أن الكتاب الكريم لم يأت بتفصيلات وتفريعات بما يتلائم مع الزمن والبيئة والظروف والمجتمع ، وما بأيدينا من الفقه اليوم ليس إلا ثمرة لجهود الفقهاء في فهم الكتاب والسنّة وتنزيل لهذا الفهم على واقع الحياة ، ونحن اليوم أحوج ما نكون إلى اتباع هذا المنهج غير مهملين ولامتجاهلين لتلك الجهود المباركة ولكن غير متجاهلين كذلك لحاجة عصرنا .

ولعل من تمام القول أن نشير إلى مايلي :

١ - أن قاعدة تغيير الأحكام تنحصر بأمور المعاملات ولاعلاقة لها بأمور العبادة مطلقاً ، فأحكام العبادة ثابتة غير قابلة للتطور أو المرونة وهي كما عبّر عنها ابن حزم " لازم لكل حي ، ولكل من يولد إلى يوم القيمة ، في جميع الأرض، فصحّ أنه لامعنى لتبدل الزمان ولا لتبدل المكان ، ولا لتغيّر الأحوال . وأن ماثبت فهو ثابت أبداً في كل مكان وفي كل زمان وعلى كل حال " .

٢ - أن ما تنطبق عليه قاعدة تغير الأحكام هي الأحكام الفرعية الجزئية والاجتهادات الحادثة ، أما النصوص التي وردت في القرآن والسنة والقواعد الكلية فهي ثابتة لاتتغير ، إلا أن فهم هذه النصوص وإنزالها منزل التطبيق يختلف من عصر إلى عصر ومن مكان إلى مكان.

٣ - أن روح الشريعة الإسلامية من التيسير والرحمة وتحقيق المصلحة أساس لابد منه في استنباط الأحكام وذلك التزاماً بروح هذه الشريعة التي جاء بها محمد صلى الله عليه وسلم رحمةً للعالمين .

٤ - أن ماوصلت إليه الأمة من تخلف وعجز في فهم الشريعة الإسلامية وتطبيقها

إنما مرجعه إلى عجز المسلمين أنفسهم وتخلفهم وليس عيباً في الشريعة ذاتها، بل هي باقية (مادامت الأرض أرضاً والسماء سماء) كما عبّر بذلك الفقهاء .

٥ - لامجال لتحقيق مواكبة العصر وتلبية احتياجاته إلا من خلال فتح باب الاجتهاد، فمنذ أُغلق باب الإجتهاد وفُتح باب التقليد والأمة المسلمة في تردٍّ وتخلف واتكالية على ماقدمه السابقون ، ولذا فإن فتح باب الإجتهاد ضرورة لازمة لأهل الاختصاص من العلماء والمختصين في غير تردد وعجز ، أو تساهل وتخبط ، فالاجتهاد حركة علمية يجب أن تنشط وأن يتصدر لها أهل العلم والاختصاص . والإجتهاد - كما يقول د. وهبة الزحيلي - سبيل تحقيق الإخلاص للشريعة وطريق الحفاظ على خلودها وصلاحيتها لكل زمان ومكان، ووسيلة التعرف على الأحكام الشرعية لما يجد من الحوادث وقضايا دائمة الطروء على الحياة ، مما يرعى خاصية ختم الشرائع بالشريعة الغراء ، ويدل على حيويتها ومرونتها لتغطية حاجات الناس، إذ من المعلوم قطعاً أن الإسلام خاتم الشرائع السماوية .



الجلسة الثالثة

الفقه الإسلامي والتقنين: الماضي والحاضر

رئيس الجلسة: د. سعيد عبدالله حارب

أمين عام الجامعة المساعد

المتحدثون: أ.د. عبدالمنعم البدراوي

أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق بجامعة القاهرة

د. محمد جبر الألفي

أستاذ مساعد بجامعة الإمارات بكلية الشريعة والقانون

المعقب: أ.د. جعفر عبدالسلام

نائب رئيس جامعة الأزهر

ندوة نحو ثقافة شرعية قانونية موحدة

للأستاذ الدكتور عبدالمنعم البدراوي *

شهد القرن الحالي نشاطاً من جانب الدول العربية في وضع تقنيناتها في نطاق المعاملات المالية(القانون المدني) فعلى حين احتفظت بعض البلاد العربية بالقوانين التي وضعت في فترة الاحتلال الأجنبي والتي أخذت أحكامها من القانون الفرنسي وهي دول المغرب العربي (تونس والجزائر والمغرب) واحدى دول المشرق العربي (لبنان)، اتجهت سائر الدول العربية إلى إعادة النظر في قوانينها ، فوضعت مجموعات قانونية جديدة . وكان في طليعة هذه الدول مصر التي أصدرت قانونها المدني الجديد في عام ١٩٤٨ ، وأعقبه صدور تقنينات في كل من سوريا والعراق وليبيا والكويت واليمن والامارات العربية المتحدة . وقد تأثرت هذه التقنينات بقدر متفاوت بالقانون المدني المصري وبالفقه الاسلامي .

وقد كان القانون المدني المصري أول التقنينات العربية التي اعتمدت الشريعة الاسلامية كأصل من أصولها ، إذ جعل الشريعة الاسلامية مصدراً رسميا عند عدم وجود نص تشريعي أو عرف يمكن تطبيقه . وكما جاء في المذكرة الايضاحية لمشروع هذا القانون " أدخل المشروع في شأن الشريعة الاسلامية تجديداً خطيراً ، فقد جعلها بين المصادر الرسمية للقانون المصري إذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه . والفروض التي لا يعثر فيها القاضي على نص في التشريع ليست قليلة . فيرجع القضاء إذن للشريعة الاسلامية يستلهم مبادئها في كثير من الأقضية . وفي هذا فتح عظيم للشريعة الغراء ، لا سيما إذا لوحظ أن ماورد في المشروع من نصوص هو أيضا يمكن تخريجه على أحكام الشريعة الاسلامية دون كبير مشقة فسواء وجد النص أم لم يوجد فإن القاضي في أحكامه بين اثنتين : إما

أنه يطبق أحكاماً لا تتناقض مع مبادىء الشريعة الاسلامية ، وإما أنه يطبق أحكام الشريعة ذاتها . بل أخذ المشروع بنظريات عامة في الفقه الاسلامي ، كنظرية التعسف في استعمال الحق ومسئولية عديم التمييز وحوالة الدين ومبدأ الحوادث غير المتوقعة . كما أخذ من هذا الفقه كثيراً من الأحكام التفصيلية كالأحكام الخاصة بمجلس العقد ، وإيجار الوقف، والحكر، وإيجار الأراضي الزراعية ، وهلاك الزرع ، وبيع المريض مرض الموت ، والغبن وخيار الرؤية ، وتبعة الهلاك في البيع ، وأحكام العلو والسفل ، والحائط المشترك ، والأهلية ، والشفعة ومبدأ ألا تركة إلا بعد سداد الدين ، وأحكام الأهلية والهبة " .

وكان أهم مصدر للقانون المدني المصري الجديد هو القانون المدني السابق ، فنقل عنه مالا يزال صالحاً من النصوص وأكملها بأحكام القضاء التي صدرت في ظله لمدة تقرب من ثلاثة أرباع قرن من الزمان .

ثم يأتي بعد ذلك مصدر ثالث للقانون المدني المصري الجديد وهو القانون المقارن، حيث رجع واضعوه إلي كل التقنينات الحديثة التي صدرت في العالم بعد صدور مجموعة نابليون في أواخر القرن التاسع عشر وخلال القرن العشرين من تقنينات لاتينية أو جرمانية أو متخيرة . كما أنهم أفادوا من أساليب الصياغة القانونية التي ارتقت ارتقاء كبيراً في الفقه الغربي الحديث .

ويأتي بعد القانون المدني المصري القانون المدني العراقي الصادر عام ١٩٥١ ممثلاً اتجاها جديداً ، إذ أن تأثير الفقه الاسلامي فيه أكثر وضوحا منه في القانون المصري . فقد جاء في مذكرته الايضاحية : " رؤي أن يكون المشروع مثالا لما ينبغي أن يكون عليه التقنين المدني في البلاد العربية ، فجعل مزاجاً متألقا يجمع بين قواعد نقلت عن الشريعة الاسلامية وقواعد نقلت عن التقنينات الغربية . وهو

بتكوينه هذا يحكم التنسيق بين هذين المصدرين ، فيتسع لمواجهة أوضاع الحضارة الحديثة ، ويستحث الجهود لدراسة الفقه الاسلامي دراسة مقارنة ترده إلى ربيع حياته وتمكنه من مسايرة هذه الأوضاع " . ومن المعلوم أن مانقله التقنين العراقي من القوانين الغربية قد أخذه من القانون المدني المصري ، وأخذ أحكام الفقه الاسلامي من مجلة الأحكام العدلية ومن آثار الفقهاء المسلمين بوجه عام ، دون التقيد بمذهب معين . وكما جاء في المذكرة الايضاحية : " لم يأل المشروع جهدا في التنسيق بين الأحكام التي استقاها من مصدريه الاساسيين : الشريعة الاسلامية والقوانين الغربية ، فاندمجت جميعا في ضرب من الوحدة يكاد يخفي معه ازدواج المصادر وتباينها ".

وقد أثر القانون المدني العراقي بدوره في كثير من التقنينات العربية التي صدرت بعده في الأردن والكويت واليمن والامارات العربية المتحدة .

يتضح مما تقدم أن جميع التقنينات العربية التي صدرت خلال هذا القرن قد تلاقى فيها الفقه الاسلامي والقوانين الغربية الحديثة جنباً إلى جنب بقدر متفاوت في الكم والكيف . وكما يقول استاذنا المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري في مقاله القيم المنشور في مجلة القضاء العراقية عام ١٩٦٢ بعنوان " القانون المدني العربي " : هذه تجربة من أخطر التجارب في تاريخ التقنين المدني الحديث . ذلك أن الشريعة الاسلامية منذ أن ركدت طوال القرون الماضية وأغلق باب الاجتهاد فيها أصبحت شريعة قديمة من طراز القانون الروماني لم تهب عليها ريح الاصلاح إلا في مرحلة أولى يوم قننت أحكامها في نصوص تشريعية على نسق التقنينات العربية في المجلة وفي مرشد الحيران . وها نحن الآن في مرحلة ثانية يخطوها القانون العراقي الجديد ، وقد وضع هذه الأحكام المقننة من الفقه الاسلامي إلى جانب نصوص القوانين الغربية ممثلة في القانون المصري الجديد . فلسنا مغالين إذا قلنا ان

تجربة القانون المدني العراقي تعد من أجل التجارب في تاريخ التقنين . فهذه أحكام الفقه الاسلامي قننت في نصوص واضحة ووضعت إلى جانب نصوص القوانين الغربية . وبذلك تم جمع الفقه والقوانين الغربية على صعيد واحد ، فمكن لعوامل المقارنة والتقريب من أن تنتج أثرها ، ومهد الطريق للمرحلة الثالثة والأخيرة في نهضة الفقه الاسلامي ، يوم يصبح هذا الفقه مصدراً لأحكام مدنية حديثة تجاري مدنية العصر وتساير أحدث القوانين وأكثرها تقدماً ورقياً ".

ولن نبلغ هذه المرحلة التي أشار إليها الأستاذ السنهوري إلا عن طريق المقارنة بين الفقه الاسلامي مع أحكام القانون الغربي . ولا حرج في أن نفيد من القوانين الغربية وما استحدثته من أنظمة ونظريات في تطوير الفقه الاسلامي . فالفقه الاسلامي هو فقه محض ، ولا يجوز الخلط بينه وبين الدين . وفي هذا يقول الأستاذ السنهوري في مقاله السابق الاشارة إليه " يقال عادة أن مصادر الفقه الاسلامي هي الكتاب والسنة والاجماع والقياس . أما الكتاب والسنة فهما المصادر العليا للفقه الاسلامي . وقد قصدت بالمصادر العليا أن أقول أنها مصادر تنطوي في كثير من الحالات على مبادىء عامة ترسم للفقه إتجاهاته . ولكنها ليست هي الفقه ذاته . فالفقه الاسلامي هو من عمل الفقهاء صنعوه كما صنع فقهاء الرومان وقضاته القانون الروماني. وقد صنعوه فقها صحيحاً ، الصياغة الفقهية وأساليب التفكير القانوني فيه واضحة ظاهرة . فأنت تقرأ مسائل الفقه الاسلامي في كتبه الأولى ككتب ظاهر الرواية لمحمد ، كما تقرأ مسائل الفقه الروماني في كتب فقهاء الرومان في العصر المدرسي . ثم تنتقل إلى مرحلة التبويب والترتيب والتنسيق والتحليل والتركيب في الفقه الاسلامي فتقف على الصناعة الفقهية في أروع مظاهرها وفي أدق صورها . ثم يقول لك هؤلاء الفقهاء الاجلاء في كثير من التواضع أن هذا هو الاجماع أو القياس أو الاستحسان أو الاستصحاب أو ما شئت من المصادر التي ابتدعوها ، وأن الأصل في كل هذا

يرجع إلى الكتاب والسنة . والواقع من الأمر أنهم صنعوا فقها خالصا هو صفحة خالدة في سجل الفقه العالمي " .

لذلك كله لا غنى عن أن تنهض معاهدنا بدراسة الفقه الاسلامي إلى جانب الفقه القانوني الحديث ، ويجب أن تؤدي هذه الدراسة في نهاية الأمر إلى مقارنة يفيد منها الفقه الاسلامي ، حتى يجاري مدنية العصر وحاجاته . ومجال هذه الدراسة المقارنة هي مرحلة الدراسات العليا في كليات الحقوق والشريعة والقانون ، حيث ينبغي تخصيص معهد عال لهذه الدراسة التي يضطلع بها أساتذة توافرت لهم القدرة على القيام بها في موضوعية كاملة .



محاولات تقنين أحكام الفقه الإسلامي

للدكتور محمد جبر الألفي *

مقدمـــة :

كثر الحديث في الآونة الأخيرة حول طرق استثمار أحكام الفقه الإسلامي في إعداد التشريعات وصياغتها بما يتفق ومتطلبات المرحلة الحالية التي تتميز بمظاهر متعددة تنبيء عن صحوة إسلامية شاملة . وفي ثنايا هذا الحديث نكاد نلمس اتجاهات متباينة إزاء تقنين أحكام الفقه الإسلامي .

فهناك اتجاه يربط بين الحكم الشرعي والحكم الفقهي ، وينظر إلى ما ورد في كتب الفقه المختلفة عبر العصور المتعاقبة على أنه شرع الله الذي وضعه لعباده ولا نجاة لمن يحيد عنه . ثم يتشعب هذا الاتجاه إلى طريقين : يلتزم أهل الطريق الأول بمذهب فقهي معين ، يتبعون إمامه ، ويدافعون عن رجاله ، ويطبقون ما حوته كتبه من آراء وأحكام ، معتقدين أنها الصواب ، وماعداها خطأ وضلال . أما أهل الطريق الثاني فيضيق ذرعهم بما يجدون في الكتب الفقهية من اختلاف في الحكم بين المذاهب المتعددة ، بل بين الأقوال المتعددة في المذهب الواحد ، فيدعون إلى طرح الخلافات ، ونبذ الأقوال ، وتوحيد المذاهب الفقهية وجمعها في قانون موحد يطبق على جميع المسلمين .

وعلى النقيض من ذلك : نجد اتجاهاً رافضاً تبناه عدد من الجماعات الإسلامية - على بعد الشقة فيما بينها - لا يقبل أحكام الفقه الإسلامي ولا أقوال الأئمة المجتهدين ، ويرفض كثيراً من أدلة الأحكام ، كالإجماع والقياس والاستحسان

----

* أستاذ مساعد بقسم المعاملات بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية .

وبناء الأحكام على المصالح المرسلة أو سد الذرائع . ومن بين أنصار هذا الاتجاه من يحكم على المقلدين للمذاهب الفقهية - بعد القرن الرابع الهجري وحتى الآن - بأنهم أهل كفر وجاهلية ، لتقديسهم صنم التقليد المعبود من دون الله. وهذه الجماعات الإسلامية تتمسك بظواهر النصوص دون استكناه أسرارها ومقاصدها ، حتى لو أدى بها الأمر إلى الوصول لحكم لم يقل به أحد من السلف أو الخلف ، ولا يقبله منطق سابق أو لاحق .

من هنا تأتي فائدة هذه الدراسة التي تركز في فصل أول على تحديد المفاهيم وذلك ببيان المقصود من أحكام الفقه الإسلامي ومصطلح " التقنين " ، ثم عرض الحجج التي يستند إليها أنصار " التقنين " ، ومبررات الدعوة إلى نبذ فكرة " التقنين" . أما الفصل الثاني فيستعرض محاولات تقنين أحكام الفقه الإسلامي وتقييمها في ضوء الواقع العلمي والتطبيقي ، سواء أكانت هذه المحاولات " رسمية " أم كانت " شخصية " . وأخيراً نقدم في فصل ثالث اقتراحاً لمنهج علمي وعملي نحو " تقنين أحكام الفقه الإسلامي " .

الفصل الأول
تحديد المفاهيم

١- نعرض في مبحث أول لتحديد المقصود من " أحكام الفقه الإسلامي " والمراد من مصطلح " التقنين " ، وفي مبحث آخر نستعرض الحجج التي يستند إليها أنصار " التقنين " والمبررات التي دفعت البعض إلى نبذ هذه الفكرة وإطلاق حرية الاجتهاد للقاضي والمفتي والفقيه .

المبحث الأول

أحكام الفقه الإسلامي والتقنين

أولاً: المقصود بأحكام الفقه الإسلامي

٢- إذا أطلقت كلمة التشريع . فقد يراد بها إيجاد حكم شرعي مبتدأ، وقد يراد بها بيان حكم تقتضيه شريعة قائمة [(١)] .

أ - فأما التشريع بالمعنى الأول - ويسمى في الإسلام : الحكم الشرعي - فإنه : خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أوالوضع [(٢)] . ويعني هذا أن الأحكام الشرعية مصدرها :الله تعالى ، وطريقها إلى الناس : الوحي وتبيلغ الرسول . من أجل ذلك : لم يختلف أحد من السلف أو الخلف في أن الحكم الشرعي ملزم وواجب الاتباع ، تصديقاً لقول الله عز وجل : ***" ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ، ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون "*** [(٣)] . وقوله عز من قائل : ***"إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله "*** [(٤)] . وهذا المعنى هو الذي ينبغي أن يفهم حين يقال : إن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان ، فلا يجوز تغيير الأحكام التي وردت في القرآن الكريم أو في السنة النبوية ، من مثل : أحكام الزواج والطلاق والميراث والحدود والقصاص والديات ونصاب الشهادة والتعامل بالربا والغرر والميسر ، ونحو ذلك مما

---

(١) عبد الوهاب خلاف ، السلطات الثلاث في الإسلام ، القاهرة : ١٤٠٠ هـ ١٩٨٠م ، ص ٧٩ .

(٢) ابن الحاجب، منتهى الوصول في علمي الجدل والأصول، ط السعادة ، القاهرة ١٣٢٦هـ، ص ٢

(٣) سورة الجاثية :١٨ .

(٤) سورة النساء : ١٠٥.

ورد الشرع الشريـــف ببيان أحكامه بياناً شافياً ، امتثالاً لقول ربنا: ***"وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيمناً عليه ، فاحكم بينهم بما أنزل الله ، ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق ... وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم، واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك ، فإن تولوا فاعلم أنما يريد الله أن يصيبهم ببعض ذنوبهم ، وإن كثيراً من الناس لفاسقون. أفحكم الجاهلية يبغون ؟ ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون "*** [(٥)] . وذلك بعد قوله تعالى : ***"ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون "*** [(٦)] ، ***" ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون "*** [(٧)] ، ***" ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون "*** [(٨)] .

٣ - ب - وأما التشريع بمعنى : بيان حكم تقتضيه شريعة قائمة - ويسمى في الإسلام : الحكم الفقهي - فإنه : العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية [(٩)] ، ويفصل ذلك ابن خلدون بقوله : " الفقه : معرفة أحكام الله تعالى في أفعال المكلفين ، بالوجوب والحظر والندب والكراهة والإباحة ، وهي متلقاة من

---

(٥) سورة المائدة : ٤٨-٥٠ .

(٦) سورة المائدة : ٤٤ .

(٧) سورة المائدة : ٤٥ .

(٨) سورة المائدة : ٤٧ .

(٩) التهانوي ، كشاف اصطلاحات الفنون ، الآستانة : ١٣١٧ هـ ، ج ١ ص ٣٧/٣٦ . الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، بيروت : ١٩٨٥ ، جـ ١ ص ٨ .

الكتاب والسنة وما نصبه الشارع لمعرفتها من الأدلة ، فإذا استخرجت الأحكام من تلك الأدلة قيل لها : فقه " [(١٠)] . وقد تولى هذا العمل التشريعي - بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم - علماء الأمة من بين الصحابة والتابعين وتابعيهم من الأئمة المجتهدين ، وكانوا في فجر الإسلام يسمون بالقراء ، لأن هذا النوع من التشريع كان مختصاً " بالحاملين للقرآن ، والعارفين بناسخه ومنسوخه ومتشابهه ومحكمه ، وسائر دلالته مما تلقوه عن النبي ، أو ممن سمعه منهم من عليتهم .. وبقى الأمر كذلك صدرالملة ثم عظمت أمصار الإسلام ، وذهبت الأمية من العرب بممارسة الكتاب وتمكن الاستنباط وكمل الفقه وأصبح صناعة وعلماً ، فبدلوا باسم الفقهاء والعلماء من القراء " [(١١)] . وهؤلاء لم يشرعوا أحكاماً مبتدأة ، وإنما استمدوا الأحكام الفقهية من نصوص القرآن والسنة وما نصبه الشارع من الأدلة ، وما قرره من القواعدالعامة ، [(١٢)] فاجتهدوا في الكشف عن الحكم الشرعي من دلالات النصوص وتتبع العلل والحكم والتعرف على مقاصد الشارع .

٤- وكثير من هذه الأحكام الفقهية قد بنى على غلبة الظن ، فإذا وافق اجتهاد الفقيه حكم الله كان صواباً ، وإذا لم يوافقه كان خطأ ، ولكنه يثاب على اجتهاده لأنه لم يقصر في البحث ابتغاء الكشف عن الحكم الشرعي . ومن هنا جاءت صفة الإلزام للحكم الفقهي بالنسبة للمجتهد، فإنه ملتزم بالعمل به ولا يجوز له أن يقلد غيره ، لأن اجتهاده أداه إلى ترجيح ما وصل إليه ، وغلب على ظنه أنه صادف حكم الله . ومع ذلك: فقد نص العلماء على أن مراعاة اختلاف الفقهاء من جملة أنواع الاستحسان ونقلوا عن الأئمة ما يدل على صفاء قلوبهم واتساع أفقهم إزاء مخالفيهم. من ذلك ما روى من أن الإمام الشافعي صلى الصبح قريباً من مقبرة أبي حنيفة، فلم يقنت تأدباً معه، وقال :ربما انحدرنا إلى مذهب

أهل العراق . وما روى من أن أبا يوسف اغتسل يوم جمعة في حمام قريب من المسجد، ثم صلى الجمعة إماماً، وبعد ذلك أخبر بوجود فأرة ميتة في بئر الحمام ، فقال : إذن نأخذ بقول إخواننا من أهل المدينة : إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثاً[١٣] .

٥- وأما غير المجتهد فإنه ليس ملزماً باتباع أو تقليد الحكم الفقهي الصادر عن مجتهد بعينه، في مقام الفتوى أو في مجال التعليم، لأن المجتهد لا ينشيء حكما شرعياً، بل يحاول الكشف عن هذا الحكم باتباع الأمارات التي نصبهاالشارع للوصول إليه. وهكذا يتساوى كل مجتهد أمام طالب الفتوى ، فله أن يختار من الأحكام الفقهية ما يطمئن إليه قلبه . ومن هنا أنكر البعض على اتباع المذاهب الفقهية جمودهم على تقليد مذهب معين، ودعوا الناس إلى التعرف على حكم الله -ولو بالسؤال - ممن يبين الحكم مستنداً إلى الدليل، وليس إلى إمام أو فقيه[١٤] .

٦-يبقى بعد ذلك التعرف على مدى القوة الملزمة للحكم الصادر عن القاضي سواء صدر هذا القضاء اتباعاً لحكم شرعي أو نتيجة لاجتهاد فقهي . والواقع أن هذه المسألة قد فصل فيها على ضوء تعريف القضاء لدى مختلف الاتجاهات الفقهية، فعند البعض : القضاء قول ملزم يصدر عن ولاية عامة [١٥] ، وعند البعض الآخر : هو الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام [١٦]. وهكذا يكاد

(١٣) ولي الله الدهلوي، الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف ، بيروت :١٣٩٨ هـ ١٩٧٨م ، ص.١١.

(١٤) ولي الله الدهلوي ، المرجع السابق ، ص ٩٩/ ١٠٠، نقلاً عن الشيخ عز الدين بن عبد السلام.

(١٥) القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام ، القاهرة : ١٩٨٩ ، ص ٣١ .

(١٦) الشافعي ، الرسالة بتحقيق أحمد محمد شاكر ، القاهرة :١٣٥٨ هـ ١٩٤٠ ، ص ٤٢٠/٤٢١.

ينعقد الإجماع على أن الحكم القضائي- حتى لو جاء بما يخالف مذهب المحكوم له أو المحكوم عليه، يجب اتباعه، سواء كان المحكوم له أو عليه مجتهداً أو عامياً، وسواء كان الحكم بالحرمة وهو يعتقد الحل أو العكس (١٧). كذلك لا يجوز للقاضي أن ينقض حكماً سبقه لاختلاف اجتهاده عما توصل إليه هذا الحكم ، حيث أن ذلك يتضمن معنى القدح في القضاة السابقين ، والظاهر أن أحكامهم تعتبر صحيحة ونافذة ، فيجب صيانة القضاء عن الابتذال (١٨) . وعلى ذلك : لو حكم قاض حنفي ببطلان خيار المجلس أو بصحة النكاح دون ولي ، ثم عرض قضاؤه على قاض آخر لا يرى صحة هذا الاجتهاد ، فليس لهذا الأخير أن ينقض تلك الأحكام ، وإن فعل كان حكمه واجب النقض (١٩) .

٧-نخلص من ذلك إلى أن المقصود بأحكام الفقه الإسلامي في مجال التقنين: " الأحكام الشرعية الثابتة لأفعال المكلفين خاصة ... كالوجوب والحظر والإباحة والندب والكراهة ، وكون العقد صحيحاً وفاسداً وباطلاً ، وكون العبادة قضاء وأداء، وأمثاله " (٢٠). سواء كانت هذه الأحكام قد شرعت ابتداء عن طريق القرآن والسنة ، أو شرعت بياناً واستنباطاً عن طريق الأدلة التي نصبها الشارع وتتبع مقاصد الشرع . وسواء وردت هذه الأحكام على لسان الشارع نصاً مباشراً ، أو وردت على ألسنة المجتهدين من العلماء والقضاة والمفتين . وسواء وصلت إلينا عن طريق الحفظ والرواية ، أو عن طريق الكتابة في متون أو مدونات أو تآليف .

---

(١٧) محمود عرنوس ، تاريخ القضاء في الإسلام ، القاهرة : ١٣٥٢ هـ ١٩٣٤ ، ص.١٤٠/١٤١.
(١٨) القرافي ، المرجع المتقدم ، ص ٤١ -٤٣ .
(١٩) الماوردي ، الأحكام السلطانية ، القاهرة : ١٩٦٦ ، ص ٦٨/٦٧ .
(٢٠) الغزالي ، المستصفى ، بولاق : ١٣٢٢ هـ ، جـ ١ ، ص ٥/٤ .

لا فـرق في ذلك بين اتجـاه وآخـر في كـل زمـان ومكان مـادام كل اتجـاه يتـبع المنهج الصحيح في البيان والاستنباط وفق ما ضبطه العلماء في " أصول الفقه " .

ثانياً - المراد من مصطلح " التقنين "

٨- قَنَّن يُقَنِّن تَقْنيناً :وضع القـوانين ، وهذا الاشـتـقـاق بني على ألفـاظ مـولدة اعتمدتها المجامع اللغوية ، وتداولتها الألسنة ، وجرت بها الأقلام [٢١]. والقانون: مقـياس كل شيء وطريقـه .وهو في الاصطلاح: أمـر كلي ينطبق على جـمـيع جزئـياته التي تتعـرف أحكامها منه ، أما في المجال الاجتـماعي فإن له دلالة خاصة ودلالة عامة [٢٢] .

فـدلالة القـانون تكون خـاصة : إذا أطلق وأريد به بعض القـواعـد التـشـريعـيـة الملزمـة التي تهـدف إلى تنظيم وضع خـاص أو جمـاعـة معـينة ، مـثـل قـانون الخـدمـة المدنية وقانون المرور .

ودلالة القـانون تكون عـامـة : إذا أطلق وأريد به مجـموعة القـواعد الملزمة التي تحكم سلوك الأفـراد في المجـتـمع . وهذه الدلالة العـامـة هي التي تـتـبـادر إلي الذهن عند إطلاق لفظ القانون في مجال العلوم الاجتماعـية ، سـواء اعتبرنا القانون علماً أو فناً أو مزيجاً منهما . فـالقانون بهذا المعني يتكون من قواعد مـجردة وعـامـة ، تهدف

---

(٢١) المعـجم الوسـيـط ، بإشـراف عـبد الـسـلام هارون ، القـاهرة :١٣٨٠ هـ ١٩٦٠ ، جـ١ ص ١١ ، ج٢ ص ٧٦٩ .

(٢٢) إبراهيم أبو الليل ومحمد الألفي ، المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحق ، الكويت : ١٤٠٦ هـ ١٩٨٦م ، ص ١٠/١١ .

إلى تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع ، ويلتزم بها الكافة عن طريق توقيع جزاء على من يخالفها .

٩- وقد أدت حركة النشاط التشريعي المتطور إلى بعض التعارض بين النصوص المتناثرة ، وبين هذه النصوص والأعراف السائدة ، وبين بعض الأعراف المحلية المتعددة وبعضها الآخر ، فخرجت أحكام القضاء متضاربة ومتنافرة ، ولذا ساد فرنسا تحت حكم " نابليون بونابرت " فكرة تجميع التشريع المتعلق بفرع معين ، وتدوينه في مجموعة واحدة أطلق عليها اسم " تقنين " أو " مجموعة " أو " مدونة"، وهكذا ظهر التقنين المدني والتقنين التجاري والتقنين الجنائي وتقنين المرافعات .. وغيرها [٢٣]. فالتقنين إذن مصطلح يقصد به واحد من أمرين :

أ- العمل التشريعي الرسمي المتعلق بجمع القواعد القانونية الخاصة بفرع متجانس من فروع القانون في مجموعة واحدة بعد ترتيبها وترقيمها وإزالة ما قد يعتريها من تعارض .

ب - المجموعة الرسمية ذاتها التي تضم فرعاً متكاملاً من فروع القانون[٢٤].

١٠- والواقع أن الربط بين التقنين وقيام الثورة الفرنسية وظهور مجموعات نابليون ، أمر يحتاج إلى تأمل . فقد عرف التاريخ حركة التقنين منذ أمد بعيد ، ويمكن أن نذكر من ذلك على سبيل المثال : [٢٥]

---

(٢٣) نفس المرجع المتقدم ، ص ٨٦ .

(٢٤) نفس المرجع السابق ، ص ٨٧ .

(٢٥) عبد السلام الترمانيني ، تاريخ النظم والشرائع ، الكويت : ١٩٧٥، ص ٤٧ وما بعدها .

أ- مجموعة " حمورابي " : التي صدرت في بابل في القرن الثامن عشر قبل الميلاد .

ب - مجموعة " مانو " : التي صدرت في الهند في القرن الثالث عشر قبل الميلاد .

جـ - مجموعة " بوخوريس " : التي صدرت في مصر في القرن الثامن قبل الميلاد .

د - مجموعة " دراكون " : التي صدرت في أثينا في القرن السابع قبل الميلاد.

هـ - مجموعة " صولون " : التي صدرت في أثينا أيضاً في القرن السادس قبل الميلاد .

و - قانون الألواح الاثنى عشر : الذي صدر في روما في القرن الخامس قبل الميلاد .

ز - مجموعة " جوستنيان" : التي صدرت في روما كذلك في القرن السادس الميلادي .

١١- ولا يعني ذلك أن القانون لابد أن يكون مكتوباً ومجموعاً في مدونة خاصة بفرع محدد على ترتيب معين تحمل كل مادة منه رقماً يميزها عن سائر المواد، فمن المعروف أن أرقي البلاد الديمقراطية " انجلترا " ليس لها دستور مدون حتى الآن ، وما يسميه الإنجليز دستوراً : إنما هو مجموعة قواعد يرجع بعضها إلى أصول تشريعية ويرجع بعضها الآخر إلى أصول قضائية . أما القانون العادي Common LaW" فإنه نتاج أحكام المحاكم المتنوعة ، أو ما يسميه الانجليز " Ratio decidandi"أي السبب المنطقي الذي استند إليه القاضي في حكمه ، والذي يعتبر قاعدة قانونية ، يتألف من مجموعها ما يسمى بالسوابق القضائية الملزمة . ثم يأتي التشريع بعد ذلك ، كمصدر ثانوي من مصادر القانون ، ليقوم ببعض

التصحيحات " Errata " أو الملحقات " Addenda " ، التي من شأنها أن تصحح أو تكمل الهيكل الأساسي للقانون الانجليزي الذي يتألف أساسا من القانون القضائي [٢٦] .وكثير من الولايات الأمريكية ودول مجموعة الأمم البريطانية " Comonwealth " لا تزال تتبع هذا النهج القانوني [٢٧] .

١٢- وإذا كانت كلمة " التقنين " حديثة الاستعمال في اللغة العربية ، إلا أن لفظ " القانون "وثيق الصلة بهذه اللغة :حيث يذهب رأي أول إلى القول بأن هذا اللفظ ليس بعربي ، وإنما دخل العربية عن الرومية أو الفارسية[٢٨] أو السريانية [٢٩] أو العبرية [٣٠] أو اللاتينية [٣١] . وقد جاء في المعجم الفرنسي" لاروس" : أن كلمة قانون يونانية الأصل ، نقلت إلى اللاتينية ومنها إلى الفرنسية ، ومعناها : القاعدة . وذكر أن من معانيها : مجموعة الكتب المعتبرة

---

(٢٦) عبد السلام الترمانيني ، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة ، الكويت ١٤٠٢هـ ١٩٨٢ ، ص ٢١٤ -٢٢٤ .

- R.David, Les Grands systémes de droit contemporain , Paris 1974, P. 320 et ss.

(٢٧) سمير عالية ، علم القانون والفقه الإسلامي ، بيروت :١٤١٢هـ ١٩٩١ ، ص ٤٤.

(٢٨) الرازي ، مختار الصحاح ، بيروت :١٩٨١ ، مادة "ق ن ن ".الفيومي، المصباح المنير، القاهرة :١٩٥٠ ، فصل " القاف مع النون وما يثلثهما " . المعجم الوسيط ، جـ ٢ ص ٧٦٩ . الزبيدي، تاج العروس ، ١٣٠٧ هـ ، جـ ٩ ، مادة " ق ن ن " .

(٢٩) أبو البقاء ، الكليات ، ط.الأميرية :١٢٥٣ هـ ، القسم الرابع ، فصل القاف ، ص ٦٠ .

(٣٠) سمير عالية ، المرجع السابق ، ص ٣٨ .

(٣١) سمير عالية ، نفس الموضع ، نقلا عن عدة مراجع أوردها في هـ (٢٣):وهو مستخرج من كلمة (kanôn)اللاتينية ، التي تعني المسطرة أو القاعدة، وقد اقتبس منها الفرنسيون كلمة (Canon) ليطلقوها على قرارات المجامع الكنسية ، ثم أخذها الانجليز عنهم وأطلقوها بدورهم على القانون الكنسي (CanonLaw) .

وحياً إلهياً [٣٢] . بينما يذهب رأي آخر إلى القول بأن لفظ " القانون " عربي الأصل مادة وشكلاً [٣٣]: فأصل لفظ قانون(قن)، ويعني تتبع أخبار الشيء للإمعان في معرفته .وأما من حيث شكله فهو من صيغة عربية على وزن (فاعول) ، وهي تدل على الكمال وبذل الجهد . إضافة إلى أن لفظ " قانون " لم يرد في المجموعات العربية التي وضعت للتنبيه على الألفاظ المستعربة ، مثل كتاب أبي منصور الجواليقي : " المعرب من الكلام الأعجمي " [٣٤] .

١٣-ومهما يكن من أمر ، فقد استعمل العلماء المسلمون لفظ " القانون " في معنيين السابقين :

أ - في معناه العام : أمر كلي ينطبق على جميع جزئياته التي تتعرف أحكامها منه ، ومن ذلك على سبيل المثال :

(١) ابن سينا (المتوفي سنة ٤٢٨ هـ): القانون في الطب .

(٢) البيروني (توفى عام ٤٤٨ هـ) : القانون المسعودي في الهيئة والنجوم.

(٣) التهانوي (المتوفي حوالي ١١٦٠ هـ) : القاعدة " هي في اصطلاح العلماء تطلق على معان ترادف الأصل والقانون والمسألة والضابط والمقصد. وعرفت بأنها أمر كلي منطبق على جميع جزئياته عند تعرف

---

(٣٢) "Ensemble des Liveres considérés comme inspirés par Dieu ". Nouveau petit Larrousse, art. Canon.

(٣٣) سمير عالية، نفس الموضع، نقلاً عن : عبدالله النقشبندي وعبدالباقي البكري .

(٣٤) حققه : أحمد محمد شاكر، وطبع بالقاهرة: ١٣٦١هـ .

(٣٥) التهانوي ، كشاف اصطلاحات الفنون ، المرجع السابق ، جـ ٦ ص ٢٧٨ .

أحكامها منه " (٣٥) .

(٤) الغزالي (المتوفي سنة ٥٠٥ هـ) : قانون التأويل .

ب - في معناه الخاص بالمجال الاجتماعي : مجموعة القواعد الملزمة التي تحكم سلوك الأفراد في المجتمع ، من ذلك :

(١) ابن تيمية (المتوفي سنة ٧٢٨ هـ) :" فتلك القواعد الفاسدة التي جعلوها قوانين .. ثم إن هذه القوانين فيها ما هو صحيح لا ريب فيه " (٣٦) .

(٢) ابن جزي (المتوفي سنة ٧٤١ هـ): ألف كتاباً أسماه " قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية "وقال في مقدمته :" أما بعد، فهذا كتاب في الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ،على مذهب إمام المدينة أبي عبدالله مالك بن أنس .. ثم زدنا إلى ذلك: التنبيه على كثير من الاتفاق والاختلاف الذي بين الإمام المسمى وبين الإمام أبى عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، والإمام أبي حنيفة النعمان بن ثابت والإمام أبي عبدالله أحمد بن حنبل، لتكمل بذلك الفائدة ويعظم الانتفاع "(٣٧) . ونلاحظ في صفحة ١٩٢ من هذا الكتاب العنوان التالي :" القسم الثاني من القوانين الفقهية في المعاملات ، وفيه عشرة كتب " .

(٣) ابن الجوزي (المتوفي سنة ٥٩٧ هـ):" لم يزل الناس على قانون السلف وقولهم إن القرآن كلام الله غير مخلوق، حتى نبغت المعتزلة فقالت بخلق

---

(٣٦) محمد عبد الجواد ، التطور التشريعي في المملكة العربية السعودية ، الاسكندرية ١٩٧٧ ، ص ١٤ ، نقلاً عن مجموع فتاوي ابن تيمية ، ط : ١٣٨١ هـ ، المجلد الخامس ، ص ٣٤١ .

(٣٧) ابن جزي ، قوانين الأحكام الشرعية ، القاهرة : ١٩٨٥ ، ص ٢ .

القـرآن، وكـانت تسـتـر ذلـك، وكـان القـانون مـحـفـوظاً فـي زمـان الرشيد"[٣٨] .

(٤) ابن خلدون (المتوفي سنة ٨٠٨ هـ) : جـاء في " المقدمة " عند ذكر "ديوان الأعمال والجبايات " قوله : " والرجوع في ذلك إلى القوانين التي يرتبها قومة تلك الأعمال وقهارمة الدولة ، وهي كلها مسطورة في كتاب شاهد" [٣٩] . وعند ذكر "أصول الفقه" يقول :" فلما انقرض السلف، وذهب الصدر الأول ، وانقلبت العلوم كلها صناعة .. احتاج الفقهاء والمجتهدون إلى تحصيل القوانين .. والقواعد لاستفادة الأحكام من الأدلة " [٤٠] .

(٥) ابن رشد (المتوفي سنة ٥٩٥ هـ):". لتكون كالقانون للمجتهد" [٤١]

(٦) ابن قيم الجوزية (٧٥١ هـ) : استعمل مصطلح " قوانين سياسية " للدلالة على القواعد المقننة بأوامر ولاة الأمر بناء على دواعي السياسة الشرعية [٤٢] .

(٧) أبو البقاء (المتوفي سنة ١٠٩٥ هـ) : القانون : كلمة سريانية بمعنى المسطرة، ثم نقل إلى القضية الكلية من حيث يستخرج بها أحكام جزئيات

---

(٣٨) عبد الستار أبو غدة ، دور الفقه الإسلامي في الوقت الحاضر ، ضمن محاضرات الموسم الثقافي العاشر للكليات والمعاهد العلمية ، الرياض : ١٣٨٦ هـ ١٩٦٦ م ، ص ١٤٦ .

(٣٩) ابن خلدون ، المقدمة ، تحقيق علي عبد الواحد وافي ، ط ٢ ، جـ ٢ ، ص ٧٨٣ .

(٤٠) ابن خلدون ، المقدمة ، ط ٣ دون تاريخ ، بيروت ، ص ٤٥٤/٤٥٥ .

(٤١) ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج٢ ص ١٣١ .

(٤٢) ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ط . بيروت " دار الجيل " ، جـ ٤ ، ص ٣٧٢/٣٧٣. سمير عالية ، المرجع السابق ، ص ٧٧ .

المحكوم عليه فيها، وتسمى تلك القضية :أصلاً وقاعدة ، وتلك الأحكام : فروعاً ، واستخراجها من ذلك الأصل : تفريعاً [٤٣] .

(٨) أبو الريحان (المتوفي سنة ٤٤٨ هـ): " روي الشعبي : أن أبا موسى الأشعري كتب إلى عمر بن الخطاب : أنه تأتينا منك كتب ليس لها تاريخ، وقد كان عمر دون الدواوين ووضع الأخرجة والقوانين ، واحتاج إلى تاريخ، ولم يحب التأريخات القديمة ، فجمع عليه عند ذلك واستشار، فكان أظهر الأوقات وأبعدها من الشبه والآفات : وقت الهجرة وموافاة المدينة " [٤٤].

(٩) أبو يعلى (توفى سنة ٤٥٨ هـ) : " ..أن يستولى الأمير بالقوة على بلاد يقلده الخليفة إمارتها، ويفوض إليه تدبيرها وسياستها .. وهذا وإن خرج عن عرف التقليد المطلق ، ففيه من حفظ القوانين الشرعية مالايجوز أن يترك فاسداً " [٤٥] ." والذي يتحفظ بتقليد المستولي من قوانين الشرع سبعة " [٤٦] ، وذكرها .. " ويشتمل النظر في المظالم عن عشرة أقسام : .. الثاني : جور العمال فيما يجتبونه من الأموال ، فيرجع فيه إلى القوانين العادلة في دواوين الأئمة ، فيحمل الناس عليها " [٤٧] .

---

(٤٣) الكليات ، مرجع سابق ، قسم ٤ ص ٦٠ .

(٤٤) أبو الريحان البيروني ، الآثار الباقية عن القرون الخالية ، ليبسك :١٨٧٨ ، ص ٢٩-٣١. والديوان : جريدة الحساب ، ومعنى أن عمر دون الدواوين : أي جمعها في جريدة أو كتاب ، ومنه التدوين : أي جمع ما تشتت في ديوان .

(٤٥) القاضي أبو يعلى الفراء ، الأحكام السلطانية ، القاهرة :١٣٨٦ هـ ١٩٦٦ ، ص ٣٧ .

(٤٦) نفس المرجع المتقدم ، ص ٣٨ .

(٤٧) نفس المرجع ، ص ٧٦ .

" فأما كاتب الديوان - وهو صاحب زمامه - فالمعتبر في صحة ولايته شرطان : " العدالة ، والكفاية .. فإذا صح التقليد فالذي ندب له ستة أشياء : حفظ القوانين ، واستيفاء الحقوق ، وإثبات الرقوع ، ومحاسبات العمال ، وإخراج الأموال ، وتصفح الظلامات " (٤٨) " وإن تقدمته القوانين المقررة فيها رجع فيها إلى ما أثبته أمناء الكتاب إذا وثق بخطوطهم .. القوانين الديوانية من الحقوق العامة التي يقل المباشر لها مع كثرة انتشارها ، فضاق حفظها بالقلب ، فلذلك جاز التعويل فيها على الخط " (٤٩) .

(١٠) الرازي (المتوفي سنة ٣٢٧ هـ): " كانوا قبل الإمام الشافعي يتكلمون في مسائل أصول الفقه ، ويستدلون ويعترضون ، ولكن ما كان لهم قانون كلي مرجرع إليه في معرفة دلائل الشريعة ، وفي كيفية معارضاتها وترجيحاتها ، فاستنبط الشافعي علم أصول الفقه ، ووضع للخلق قانوناً كلياً يرجع إليه في معرفة مراتب أدلة الشرع " (٥٠) .

(١١) الرازي، محمد بن عمر (المتوفي سنة ٦٠٦ هـ): " واعلم أن الله تعالى لما بين القانون الأعظم ، والقسطاس الأقوم في أعمال الدنيا والآخرة ، أردفه بالتنبيه على ما هو الأصل في باب الضلالة والشقاوة ، فقال : (أم لهم شركاء شرعوا لهم من الدين ما لم يأذن به الله) " (٥١) .

---

(٤٨) نفس المرجع السابق ، ص ٢٥٣ .

(٤٩) نفس المرجع ، ص ٢٥٤ .

(٥٠) نقله : أحمد محمد شاكر عن ابن أبي حاتم الرازي في مناقب الشافعي (ص ٥٧) ، وأورده في مقدمة الرسالة للإمام الشافعي ، مرجع سابق ، ص ١٣ .

(٥١) الفخر الرازي، التفسير الكبير،مصر:١٣٠٧هـ، جـ٢٧ ص١٦٣.والآية من سورة الشورى : ٢١.

(١٢) الزركشي (توفي سنة ٧٩٤ هـ): يقول في مقدمة كتابه الذي جمع فيه قواعد الأحكام في الفقه الشافعي : " أما بعد: فإن ضبط الأمور المنتشرة المتعددة في القوانين المتحدة ، هو أوعي لحفظها، وأدعى لضبطها ، وهي إحدى حكم العدد التي وضع لأجلها .. وهذه قواعد تضبط للفقيه أصول المذهب ، وتطلعه من مآخذ الفقه على نهاية المطلب ، وتنظم عقده المنثور في سلك، وتستخرج له ما يدخل تحت ملك " [(٥٢)] .

(١٣) الزنجاني (توفى سنة ٦٥٦ هـ): يقول في مقدمة كتابه " تخريج الفروع على الأصول " :" وموضوع علم الفقه هو أفعال العباد ، وحقيقته تهذيبات دينية وسياسات شرعية ، شرعت لمصالح العباد ، إما في معادهم كأبواب العبادات ، أو في معاشهم كأبواب البياعات والمناكحات وأحكام الجنايات ثم لا يخفى عليك أن الفروع إنما تبنى على الأصول ، وأن من لا يفهم كيفية الاستنباط ، ولا يهتدي إلى وجه الارتباط ، بين أحكام الفروع وأدلتها - التي هى أصول الفقه - لا يتسع له المجال ، ولا يمكنه التفريع عليها بحال ، فإن المسائل الفرعية على اتساعها وبعد غاياتها ، لها أصول معلومة ، وأوضاع منظومة ، ومن لم يعرف أصولها لم يحط بها علماً .. فحررت هذا الكتاب كاشفاً عن النبأ اليقين ، فذللت فيه مباحث المجتهدين، وشفيت غليل المسترشدين .. فتحرر الكتاب - مع صغر حجمه - حاوياً لقواعد الأصول ، جامعاً لقوانين الفروع " [(٥٣)] .

---

(٥٢) الزركشي ، المنثور في القواعد ، بتحقيق تيسير فائق ، الكويت : ١٤٠٢ هـ ١٩٨٢م ، جـ ١ ص ٦٥/٦٦ .

(٥٣) الزنجاني ، تخريج الفروع على الأصول ، بتحقيق محمد أديب صالح ، بيروت : ١٤٠٢ هـ ١٩٨٢، ص ٣٣ - ٣٥ .

(١٤) السبكي (المتوفي سنة ٧٧١هـ): " وما ذاك إلا لاشتغال الشافعي بما هو أهم من ترتيب قوانين الشريعة " (٥٤) .

(١٥) الغزالي (توفى سنة ٥٠٥ هـ): جاء في المستصفى : " الفن الأول في القوانين : وهي ستة .. " (٥٥) .

(١٦) القرافي (المتوفي سنة ٦٨٤ هـ): " وعلى هذا القانون تراعى الفتاوي .. وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام " (٥٦) .

(١٧) الماوردي (توفي سنة ٤٥٠ هـ): الباب السابع في ولاية المظالم : "والقسم الثاني : جور العمال فيما يجبونه من الأموال ، فيرجع فيه إلى القوانين العادلة في دواوين الأئمة، فيحمل الناس عليها، ويأخذ العمال بها " (٥٧) .وجاء في الحديث عن إمارة الاستيلاء التي تعقد عن اضطرار :" وهذا وإن خرج عن عرف التقليد المطلق في شروطه وأحكامه ، ففيه من حفظ القوانين الشرعية وحراسة الأحكام الدينية ما لا يجوز أن يترك مختلاً مدخولاً ، ولا فاسداً معلولاً " (٥٨) وقال بمناسبة ولاية كاتب الديوان : " فإذا صح تقليده فالذي ندب له ستة أشياء :" حفظ القوانين ... الخ. فأما الأول منها: وهو حفظ القوانين على الرسوم العادلة من غير زيادة تتحيف بها الرعية أو نقصان ينثلم به حق بيت المال ، فإن

---

(٥٤) السبكي ، طبقات الشافعية الكبرى ، مصر : ١٣٢٤ هـ ، ج ٥ ص ٢٢١ .

(٥٥) الغزالي ، المستصفى من علم الأصول ، القاهرة : ١٣٥٦ هـ ، ج ٢ ص ٨ .

(٥٦) القرافي ، الفروق ، القاهرة : ١٣٤٤ هـ ، جـ ١ ص ١٧٧/١٧٦ .

(٥٧) الماوردي ، الأحكام السلطانية ، المرجع المتقدم ، ص ٨٠ .

(٥٨) نفس المرجع السابق ، ص ٣٣ .

قررت في أيامه .. وإن تقدمته القوانين المقررة فيها .. القوانين الديوانية من الحقوق العامة " [(٥٩)] . " وأما الخامس ، وهو إخراج الأحوال : فهو استشهاد صاحب الديوان على ما ثبت فيه من قوانين وحقوق " [(٦٠)] .

(١٨) مجلة الأحكام العدلية : " المادة الأولى : الفقه علم بالمسائل الشرعية العملية .. فلأجل بقاء العدل والنظام بينهم محفوظين من الخلل ، يحتاج إلى قوانين مؤيدة شرعية " [(٦١)] .

(١٩) ميرزا أبو القاسم القمي ، القوانين المحكمة ، إيران :١٣٠٢ هـ .

ثالثا- موازنة بين القاعدة الشرعية والقاعدة القانونية

الموازنة بين القاعدة الشرعية والقاعدة القانونية تقتضي النظر إلي كل منهما من حيث الشكل ، ومن حيث الموضوع ، ومن حيث الصياغة .

١٤- من حيث الشكل : تتصف القاعدة القانونية بكونها : مجردة وعامة ، تهدف إلى تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع ، ويلتزم بها الكافة عن طريق توقيع جزاء على من يخالفها . وهذه الصفات تتوافر في القاعدة الشرعية على النحو التالي :

١٥- أ- التجريد والعموم : تتميز القاعدة القانونية بكونها مجردة عند نشأتها وصياغتها ، عامة عند تنفيذها وتطبيقها . ومقتضى تجريد القاعدة القانونية : أن

---

(٥٩) نفس المرجع السابق ، ص ٢١٦/٢١٥ .

(٦٠) نفس المرجع ، ص ٢١٨ .

(٦١) سليم رستم باز ، شرح المجلة ، الطبعة الثالثة ، بيروت ، جـ ١ ص ١٧/١٦ .

تصاغ بطريقة تتناول الحوادث المراد تنظيمها بما يكفل العدل والاستقرار في المجتمع ، فلا توجه إلى شخص معين بذاته ، ولا إلى واقعة محددة بعينها ، وإنما تضع معياراً ثابتاً لجميع الحالات المتماثلة (٦٢) .

وكذلك القاعدة الشرعية : تضع معياراً ثابتاً لجميع الحالات المتماثلة ، فلا تحدد الأشخاص بذواتهم ، بل لصفات تتوافر فيهم : " ***يأيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ، ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، فما لكم عليهن من عدة تعتدونها ، فمتعوهن وسرحوهن سراحاً جميلا*** " (٦٣) .

ويترتب على تجريد القاعدة القانونية عند نشأتها وصياغتها ، أن تكون عامة في تطبيقها على كل الأفراد والحالات التي تتناولها هذه القاعدة ، دون تمييز بينهم بسبب الجنس أو اللون أو المركز الاجتماعي ، وهذا ما يحقق الاستقرار في المجتمع ويؤدي إلى العدل المبنى على المساواة (٦٤) .

وقد ورد مبدأ عموم القاعدة الشرعية في الصيغ الدالة عليها ، من مثل :
" ***الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة*** " (٦٥) .
" ***والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما*** " (٦٦) . وقد تأكد معنى عموم تطبيق القاعدة الشرعية بقوله صلى الله عليه وسلم : " ***يأيها الناس*** : إنما أهلك

---

(٦٢) إبراهيم أبو الليل ومحمد الألفي ، نفس المرجع السابق ، ص ١١ .
(٦٣) سورة الأحزاب : ٤٩ .
(٦٤) إبراهيم أبو الليل ومحمد الألفي ، نفس المرجع السابق ، ص ١٢/١١ .
(٦٥) سورة النور : ٢ .
(٦٦) سورة المائدة : ٣٨ .

الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد " (٦٧) .

ولهذا يقول العلماء : إن الشريعة بحسب المكلفين كلية عامة (٦٨) .

١٦ - ب - تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع : الإنسان مدني بالطبع ، فلا يمكنه أن يعيش إلا في جماعة ، ولكي تستقر هذه الجماعة ويأمن كل فرد فيها على نفسه وأهله وعرضه وماله ، دعت الضرورة إلى وجود قواعد تنظم سلوك الأفراد في علاقاتهم بعضهم ببعض ، وعلاقاتهم مع السلطة المهيمنة على الجماعة ، وعلاقة الجماعة بغيرها من الجماعات (٦٩) .

وقد تنبه العلماء الإسلاميون إلى الطبيعة المدنية للإنسان ، والحاجة إلى وجود وازع شرعي لتنظيم سلوك الأفراد فيما بينهم . نجد ذلك في كتاب الصداقة والصديق لأبي حيان التوحيدي ، وفي كتاب أدب الدنيا والدين للماوردي ، وفي مقدمة ابن خلدون ، وفي مقدمة مجلة الأحكام العدلية (٧٠) .

وتقتصر القاعدة القانونية على تنظيم السلوك الخارجي للأفراد ، فلا تعني بالنوايا إلا إذا اتصلت بسلوكهم الخارجي، وذلك لتكييف التصرفات الصادرة

---

(٦٧) الحديث رواه البخاري ومسلم عن عائشة، سبل السلام ، القاهرة :١٣٤٤هـ ١٩٢٦ ،ج٤ص٢٠.
(٦٨) الشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة ، مصر :١٣٤١ هـ ، جـ ٢ ص ٢٤٤ .
(٦٩) إبراهيم أبو الليل ومحمد الألفي ، المرجع المتقدم ، ص ١٣ .
(٧٠) سمير عالية ، المرجع السابق ، ص ٣٤ مع الهوامش : ٤ ، ٥ ، ٦ ، ٧ ، ٨ ، ٩ .

عنهم [71] .

وكذلك القاعدة الشرعية المتعلقة بالمعاملات: فعن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " إن الله تجاوز عن أمتى ما حدثت به أنفسها ، مالم تعمل أو تتكلم " [72] وعن أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم سمع خصومة بباب حجرته فخرج إليهم ، فقال : " إنما أنا بشر ، وإنه يأتيني الخصم ، فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض ، فأحسب أنه صدق ، فأقضي له بذلك . فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار ، فليأخذها أو فليتركها " [73] . ولا يلجأ الشرع إلى النيات إلا لتكييف التصرف الصادر عن الشخص، نجد ذلك في صيغ الطلاق وفي أنواع القتل وفي مجال تفسير العقود ونحو ذلك . أما إذا كانت القاعدة الشرعية تتعلق بالعبادات ، فالأصل فيها الاعتماد على النية ، لقوله صلى الله عليه وسلم : " إنما الأعمال بالنية ، وإنما لامرىء ما نوى " [74] .

١٧- الإلزام والجزاء : احترام القاعدة القانونية لا يتأتى عن طريق النصح أو التوعية فقط ، بل ينبغي أن يصاحب ذلك جزاء مادي حال ، توقعه السلطة العامة على كل من يخالف أحكام القانون [75] .

---

(٧١) إبراهيم أبو الليل ومحمد الألفي ، نفس الموضع السابق .

(٧٢) اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان ، الكويت : ١٣٩٧ هـ ١٩٧٧ م ، رقم ٧٩ .

(٧٣) نفس المرجع السابق ، حديث رقم ١١١٤ .

(٧٤) البخاري من حديث عمر بن الخطاب ، اللؤلؤ والمرجان ، رقم ١٢٤٥ .

(٧٥) إبراهيم أبو الليل ومحمد الألفي ، نفس المرجع السابق ، ص ١٤ .

وينطبق نفس المعنى على القاعدة الشرعية ، إذ يصاحبها جزاء مادي حال توقعه السلطة العامة على المخالفين ، وقد أثر عن عثمان بن عفان قوله : إن الله يزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن . ومع ذلك : فإن القاعدة الشرعية تتصل بضمير المسلم، ويعتقد بسمو مصدرها ، ويعلم أنه إن أفلت من الجزاء الدنيوي فلن يكون بمنجي من عذاب الله في الدنيا والآخرة . وهذا من دواعي احترام القاعدة الشرعية، ووضعها موضع التنفيذ والتطبيق بنفس راضية مطمئنة .

۰۱۸ **من حيث الموضوع** : تختلف القواعد القانونية تبعاً لاختلاف طبيعة ونوع العلاقة التي تنظمها ، فإذا كانت العلاقة القانونية تحكم وتنظم علاقة الحاكم بالمحكوم كنا بصدد قاعدة من قواعد القانون العام ، أما إذا كانت تحكم وتنظم علاقة الفرد بغيره من الأفراد كنا بصدد قاعدة من قواعد القانون الخاص . وهذه التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص تفرقة قديمة ، دعا إليها مبدأ سيادة السلطة العامة في علاقتها بالأفراد ، لأنها تمثل المصالح الجماعية للأمة ، وتسعى لتحقيق النظام والاستقرار ، أما علاقات الأفراد فيحكمها مبدأ المساواة والتوازن بين المصالح الخاصة (٧٦) .

ومع أن التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص لم تسلم من النقد ، ولا تعترف بقيمتها بعض النظم القانونية - كتشريعات الدول الانجلوسكسونية - ، ومع أنها كذلك تفرقة نسبية بنيت على أساس غلبة المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة ، ومع أنها أخيراً تفرقة مرنة تتغير - حسب الزمان والمكان - تبعاً لما تعتبره الجماعة من المصالح العامة أو من المصالح الخاصة ، مع كل ذلك لا تزال هذه التفرقة مفيدة

---

(٧٦) إبراهيم أبو الليل ومحمد الألفي ، المرجع السابق ، ص ٢٦/٢٧ .

في المجال العلمي والمجال التطبيقي والعمل التخصصي (٧٧). ولهذا تميزت العلاقات القانونية وضمتها فروع مختلفة ، يحتوي كل فرع على مجموعة القواعد التي تنظم أحكامه، فمن ذلك : القانون الدستوري ، والقانون الإداري ، والقانون الدولي العام، والقانون الجنائي، والقانون المدني، والقانون التجاري والبحري والجوي، وقانون العمل ، وقانون المرافعات المدنية ، وقانون الإجراءات الجزائية والقانون الدولي الخاص (٧٨) .

١٩ - **اما موضوع القاعدة الشرعية** ، فإنه ينصب على أفعال المكلفين ، ويكون الحكم تكليفياً : إذا اقتضى طلب فعل ، أو الكف عن فعل ، أو التخيير بين الفعل والترك . ويكون الحكم وضعياً : إذا اقتضي الربط بين أمرين ، بأن يجعل أحدهما للآخر سبباً أو شرطاً أو مانعاً منه (٧٩) . وعلى ذلك : يدخل تحت الحكم التكليفي خمسة أنواع :

١-الإيجاب ، وأثره وجوب الفعل ، وذلك نحو قوله تعالى : " وآتوا النساء صدقاتهن نحلة " (٨٠) .

٢ - الندب ، وأثره طلب الفعل طلباً غير حتم ، وذلك نحو قوله تعالى : " **إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه** " (٨١) .

٣-التحريم ، وأثره طلب الكف عن الفعل حتماً ، وذلك نحو قوله تعالى :

---

(٧٧) نفس المرجع ، ص ٢٧ /٢٨ .

(٧٨) نفس المرجع ، ص ٢٨-٥١ .

(٧٩) الآمدي ، المرجع السابق ، جـ ١ ص ١٧٢ وما بعدها .

(٨٠) سورة النساء : ٤ .

(٨١) سورة البقرة : ٢٨٢ .

" ***حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم.. الخ***"(٨٢).

٤-الكراهة، وأثرها في الفعل طلب الكف عنه طلباً غير حتم، وذلك نحو قوله تعالى : " ***إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله، وذروا البيع***" (٨٣).

٥- التخيير ، وأثره إباحة الفعل ، بأن يكون المكلف مخيراً بين فعله وتركه ، وذلك نحو قوله تعالى : "***وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم***"(٨٤).

ويدخل تحت الحكم الوضعي ثلاثة أنواع :

أ- السبب ، وهو : كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل على كونه معرفاً لحكم شرعي (٨٥) ، مثاله : جعل السرقة سببا في وجوب إقامة الحد .

ب-الشرط ، وهو : ما يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته(٨٦) ، مثاله :أن يبلغ المسروق نصاباً حتى يجب الحد، وقد يبلغ المسروق نصاباً ولا يجب إقامة الحد على السارق،لأنه والد المسروق منه(٨٧).

---

(٨٢) سورة النساء : ٢٣ .

(٨٣) سورة الجمعة : ٩ .

(٨٤) سورة المائدة : ٥ .

(٨٥) الآمدي، المرجع المتقدم، ج١ ص ١٨١ .

(٨٦) القرافي ، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول ، بتحقيق : طه عبد الرءوف سعد ، القاهرة : ١٣٩٣ هـ ١٩٧٣ ، ص ٨٢ .

(٨٧) نفس المرجع السابق ، ص ٨٢ .

ج - المانع، وهو ما يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته .

مثاله : المرتد القاتل لولده ، فإنه يقتل بالردة وإن لم يقتل قصاصاً ، لأن المانع إنما منع أحد السببين فقط - وهو القصاص - وقد حصل القتل بسبب آخر هنا ، وهو الردة (٨٨) .

ومن هذا يتضح أن الحكم التكليفي : خطاب يتضمن طلب الفعل أو طلب الترك أو التخيير بينهما ، فهو مقصود بذاته أصالة ليقوم المكلف به . بينما الحكم الوضعي: خطاب يتضمن الإخبار والإعلام ، جعله الشارع أمارة على حكمه وربط فيه بين أمرين بحيث يكون أحدهما سبباً للآخر أو شرطاً له أو مانعاً منه ، فكان الغرض منه : أن تترتب عليه الأحكام التكليفية (٨٩).

٢٠ -ومقارنة القاعدة الشرعية والقاعدة القانونية تستلزم استبعاد أحكام العبادات - التي تشغل جانباً أساسياً من المؤلفات الفقهية - لتقتصر على فقه المعاملات المتضمن للقواعد والمبادىء والأحكام التي تنظم علاقات الأفراد في المجتمع وعلاقات المجتمع بغيره من المجتمعات ، وهذا الجزء من الفقه يعتبر نظاماً قانونياً كاملاً يشتمل على القواعد التي تتكون منها كل فروع القانون المعاصر، مثل القانون الدستوري ، والقانون الاداري ، والقانون الجنائي ، والقانون المالي، والقانون المدني ، والقانون التجاري والبحري ، وقانون العمل ، وقانون المرافعات المدنية ، وقانون الإثبات ، وقانون الإجراءات الجزائية ، والقانون الدولي بشقيه : العام

---

(٨٨) سعيد علي محمد الحميري، الحكم الوضعي عند الأصوليين ،مكة المكرمة :١٤٠٥ هـ ١٩٨٤ ص ٢٦٦.

(٨٩) نفس المرجع السابق ، ص ٦٢ .

والخاص [٩٠] .

٢١- من حيث الصياغة : يطلق الشراح مصطلح الفن التشريعي أو الصياغة القانونية على وضع قواعد سهلة الفهم ميسورة التطبيق ، تكون متفقة مع مقتضيات العصر الاجتماعية [٩١] ، سواء كان ذلك عن طريق الحلول التفصيلية أو عن طريق الحلول العامة المجردة ، وذلك بالاهتداء بما يسمى " السياسة القانونية " التي تبين الأهداف المراد تحقيقها [٩٢] . ولما كانت القاعدة القانونية هي الوحدة الأولية التي يتكون منها النظام القانوني ، فإن الصيغة هي أنه : " إذا حدث كذا وجب أن يكون الحكم كذا ". ومن هنا ساغ القول :إن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين : أولهما : هو الواقعة الأصلية أو الفرض أو شروط التطبيق" Conditions d'application" والعنصر الثاني : هو الحكم أو الحل أو المنطوق " dispositif " مثال ذلك : القاعدة القانونية التي تقضي بأنه " إذا عدل من دفع العربون فقده " ، إذ يعتبر العدول عن العقد من جانب المتعاقد الذي دفع العربون هو الواقعة الأصلية أو الفرض ، ويعتبر فقد العربون هو الحكم الذي يرتبه القانون على عدول دافع العربون عن العقد الذي أبرمه [٩٣] .

وتبدو هذه العناصر واضحة جلية في صياغة القاعدة الشرعية : فهي تتسم باليسر وعدم الحرج ورفع المشقة : " ***يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم***

---

(٩٠) عبدالوهاب خلاف ، علم أصول الفقه ، الكويت : ١٤٠٨هـ ١٩٨٨ ، ص ٣٩/٣٨ .

(٩١) عبدالحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ١- القانون ، الكويت : ١٩٧٢، ص ٤٠٤ .

(٩٢) نفس المرجع السابق ، ص ٤٠٤ - ٤٠٦ .

(٩٣) عبد الحي حجازي ، نفس المرجع ، ص ٩٠/٨٩ .

العسر " (٩٤) وهي تتفق مع مقتضيات كل عصر وبيئة ، وقد انفرد الشرع الإسلامي قروناً عديدة بحكم شعوب اختلفت أجناسها وألوانها وألسنتها وبيئاتها، فما قصر عن حاجاتها المتغيرة ولا تخلف بأهلها ، بل ارتقى بهم إلى أسمى الدرجات. والسياسة الشرعية في الإسلام تعي جيداً غاياتها وأهدافها التي تتلخص في تحقيق المصالح المعتبرة للناس كافة ، في معاشهم ومعادهم ، وكل مسألة خرجت من العدل إلى الجور ، وعن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة ، وعن الحكمة إلى العبث ، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل (٩٥). والقاعدة الشرعية تتكون من عنصرين : الفرض ، والحكم، مثال ذلك : " إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر " (٩٦)، فالفرض : اجتماع المباشر للفعل والمتسبب له ، كأن يدل شخص سارقاً على مكان المال أو يحرض شخصاً على قتل آخر . والحكم : أنه لاضمان على الدال أو المحرض ، بل على السارق والقاتل .

٢٢ - هذه الموازنة بين القاعدة الشرعية والقاعدة القانونية تنبيء عن تقارب كبير بينهما من حيث الشكل، ومن حيث الموضوع ، ومن حيث الصياغة، الأمر الذي استرعى انتباه جم غفير من الباحثين والمفكرين ورجال القانون في الشرق والغرب، فاعتبروا الفقه الإسلامي نظاماً قانونياً متكاملاً يضارع أرقي الشرائع التي وصلت إليها الأمم قديماً وحديثاً (٩٧) . ولذا فإن كثيراً من القوانين المعاصرة أخذت ببعض

---

(٩٤) سورة البقرة : ١٨٥ .

(٩٥) ابن القيم ، إعلام الموقعين ، جـ ٣ ص ١ وما بعدها .

(٩٦) الخادمي، مجامع الحقائق، المطبعة العامرة: ١٢٨٨هـ، ص٤٤ وما بعدها. القرافي، الفروق ، جـ٤ ص٢٨. الزركشي، المنثور، جـ١ ص١٣٣ وما بعدها. مجلة الأحكام العدلية، المادة رقم ٩٠ .

(٩٧) يوسف القرضاوي، شريعة الإسلام : خلودها وصلاحها للتطبيق في كل زمان ومكان ، ط ٢ ، بيروت ١٣٩٧ هـ ، ص ٦٥ - ٦٧ .

أحكام الفقه الإسلامي ، لا باعتبارها قواعد دينية ، بل باعتبارها مصادر رسمية أو تاريخية للقواعد القانونية التي تسنها السلطة التشريعية وتلزم الأفراد باتباعها عن طريق جزاء يوقع على من يخالفها . وهكذا اكتسب كثير من أحكام الفقه الإسلامي الصفة القانونية إلي جوار صفتها الدينية ، فصارت هذه الأحكام ملزمة لجميع أفراد المجتمع بغض النظر عن معتقداتهم ، وأصبح القضاء ملتزماً بعموم تطبيقها مهما تكن وجهته [(٩٨)] .

المبحث الثاني

التقنين بين مؤيد ومعارض

٢٣- أشرنا فيما سبق [(٩٩)] إلى أن الحاجة قد تمس إلى صهر التشريعات المتعددة التي تدور حول محور معين ، في مجموعة واحدة تتضمن القواعد الأساسية في هذه التشريعات ، بعد ترتيبها وتبويبها وحذف المكرر منها واستبعاد ما فيها من تناقض ، ثم إدماجها في كتاب خاص بها . والعملية التي يتحقق بها هذا الغرض تسمى " التقنين - Codification " ، ويسمى الكتاب الذي يضم ذلك التشريع الواحد " مدونة - Code " .

٢٤ - مزايا التقنين - والتقنين بهذا المعنى لا يعدو أن يكون تشريعاً تقوم بوضعه

---

(٩٨) إبراهيم أبو الليل ومحمد الألفي، المرجع السابق ، ص٢٣ .

(٩٩)انظر فيما سبق، فقرات :٨ . ٩ . ١١، وانظر:عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص٤٣٢ ومابعدها .

السلطة التشريعية ، وتنسب إليه كل مزايا التشريع [(١٠٠)] :

أ- فهو وسيلة متطورة لوضع القواعد الشرعية/ القانونية : لأن انفراد السلطة التشريعية بسن القوانين، وتخصصها في هذا المجال، يضفي على ما تقوم به من عمل طابع الدقة والتحديد والتعمق والمقارنة ومراعاة الظروف العامة والخاصة والاستعانة بذوي الخبرة في الموضوع وفي الصياغة واختيار أنسب الحلول ، فلا توضع القاعدة الشرعية القانونية موضع التطبيق إلا وقد تحددت معالمها ووضحت أهدافها ، وهذا يؤدي إلى استقرار المجتمع ، وسلامة التعامل بين أفراده .

ب- وهو وسيلة فعالة : لما يتميز به من السهولة والسرعة في سن القواعد الشرعية/ القانونية ، أو الكشف عنها في مكانها ، وفي تعديلها - وفق الأصول المرعية - كلما دعت الحاجة إلى هذا التعديل ، وفي إلغائها - إن كانت قاعدة اجتهادية - وهذه كلها عوامل تؤدي إلي مرونة التشريع ليكون صالحاً للتطبيق في كل زمان ومكان .

جـ- وهو وسيلة لتوحيد القانون : إذ أن التشريع الذي يصدر عن سلطة عامة ، أحسن اختيار أعضائها ، في ظل رأي عام مستنير يمكنه تقويم العوج ، ويحسب حسابه عند اتخاذ أي موقف ، يؤدي إلى توحيد الأفكار والنظم المطبقة في البلاد ، مما يحقق العدل والمساواة بين أفراد المجتمع .

د- يترتب على التقنين -من الناحية العملية- تيسيرالبحث عن الأحكام المتعلقة بموضوع معين، بعد أن جمعت كلها في كتاب واحد ورتبت وبوبت. وهذا كما

---

(١٠٠) إبراهيم أبو الليل ومحمد الألفي ، المرجع السابق ، ص ٧١ - ٧٣ .

يفيد القضاة والفقهاء، يفيد المتقاضين الذين تسهل عليهم معرفة التشريعات بعد أن زال عنها الغموض وتعدد الحلول في القضية الواحدة، مما يزيد ثقتهم بها (١٠١) .

هـ- يترتب على تقنين أحكام الفقه الإسلامي: ضبط الأحكام الشرعية وبيان الرأي الراجح، فالقاضي يجد نفسه أمام حشد هائل من الآراء والأقوال تتصارع داخل المذهب الواحد، وفيما بين المذاهب المتعددة، ولا يسمح له ضيق الوقت وكثرة المنازعات أن يميز بين الآراء المتعارضة ويتعمق أدلتها ليختار الأرجح من بينها . يضاف إلى ذلك : أن أكثر القضاة المعاصرين لا تتيسر لهم وسائل البحث في الفقه ، ولا كيفية الوقوف على القول الراجح أو الرأي المعتمد في المذهب أو الحكم المفتى به (١٠٢) .

و- يعتبر التقنين ضرورة ملحة في الدولة العصرية : وذلك بعد أن كثرت الوزارات والهيئات، وتشعبت المصالح والإدارات، فكان من البدهي أن تنظم أعمالها المختلفة بقوانين واضحة المعنى سهلة التطبيق (١٠٣) .

٢٥ - **سلبيات التقنين :** لم تمنع مزايا التقنين من ظهور من يعارضه ويدعو

---

(١٠١) عبد الحي حجازي ، نفس المرجع ، ص ٤٣٤ .

(١٠٢) وهبة الزحيلي ، جهود تقنين الفقه الإسلامي ، بيروت :١٤٠٨هـ ١٩٨٧ ، ص ٢٨. عبد الناصر العطار ، أحكام العقود في الشريعة الإسلامية والقانون المدني ، (١) عقد البيع ، القاهرة : ١٩٧٦، ص ٣٥/٣٤. يوسف القرضاوي ، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، القاهرة : ١٤١١ هـ ١٩٩١، ص ٣٠٦ - ٣٠٨

(١٠٣) محمد عبد الجواد ، المرجع السابق ، ص ٧٠ - ٧٣ .

إلـى مقاومته [١٠٤] ، وذلك استناداً إلى الحجج التالية :

أ- القانون ، كاللغة ، يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالبيئة التي ينشأ فيها ، وأنه لابد من أن يتطور بتطور الجماعة ، فإذا حبس القانون في مدونة وصب في قالب جامد شلت حركته ومنع من التطور وفقاً لتطور الجماعة [١٠٥] .

ب- لن يكون تدوين التشريع في مصلحة العدالة، إذ أنه سيضع القاضي أمام تشريع جامد يكون في الوقت ذاته ناقصاً ، لأنه لا يمكن أن يكون قد اشتمل على كل شيء. وبذلك توجد حالات لم ينص عليها، وستعرض حالات جديدة لم تدر بخلد المشرع وستكثر هذه الحالات كلما بعد العهد بالجماعة عن الوقت الذي قنن فيه التشريع . وكل هذا لابد أن يفضي إلى تحكم القضاء [١٠٦] .

جـ- إيقاف حركة الاجتهاد: إن القاضي أو الفقيه يكون عادة أمام النص القانوني الموحد مقيداً، فلا مساغ للاجتهاد في مورد النص، وحينئذ يقف النشاط الفكري والإبداع التشريعي ، لتلبية مطالب الحياة المتغيرة ، ومواجهة الأنظمة والأعراف والمعاملات المتجددة [١٠٧] .

د- الإلزام برأي واحد: يتردد على الألسنة أن اختلاف الأئمة رحمة للأمة، فإذا

---

(١٠٤) أحمد حشمت أبو ستيت ، التجميع وموقف الفقه إزاء المجموعات ، مجلة القانون والاقتصاد ، القاهرة ، السنة الخامسة ، ص ٦٤٧ وما بعدها .
Morin , La révolte du droit contre le code , Paris 1945 .
(١٠٥) عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ص ٤٣٥ ، والمراجع التي أشار إليها .
(١٠٦) نفس المرجع ، ص ٤٣٦ .
(١٠٧) وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص ٢٦ .

صدرقانون آخذاً برأي واحد، حسبما يرى من المصلحة الآنية، ربما وقع الناس في ضيق وحرج . " إننا الآن بحاجة إلى استخراج الأحكام لما استجد من الأوضاع أكثر من الادعاء بتقنين جديد، فإن التقنين الجديد لا يفيد شيئاً،بل هو ضرر علينا وعلى أمتنا" (١٠٨) . فالشريعة الإسلامية صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان ، دون حاجة إلى وضعها في مواد ، كما هو الوضع في الأنظمة أو القوانين الوضعية (١٠٩) .

هـ- " إن القانون الإسلامي في كتب الفقه الإسلامي، وكتب الفقه هذه كتب عربية، وجملها عربية، وخطها عربي" (١١٠) فلاحاجة إذن لهذا التقنين الذي " سيخلق لدى القضاة نوعاً من التكاسل والاتكال على القانون المدون ، دون تجشم الرجوع إلى مصادر الفقه والتنقيب فيها عن الحكم ودليله ، ومرجحات الأخذ بهذا الرأي دون غيره ، مما يوسع أفق القاضي ويجعله على صلة دائمة بالفقه وأصوله ومصادره " (١١١) ، " ولهذا كان الأصل في الشريعة أن يكون القاضي مجتهداً ، قادراً على استنباط الحكم من أدلة الشريعة الأصلية ، وإنما أفتى الفقهاء بقبول المقلد من باب الضرورة ، نظراً

---

(١٠٨) حمزة إبراهيم فودة ، هل الشريعة الإسلامية في حاجة إلى تقنين جديد ، جريدة البلاد ، ١١ ربيع الثاني ١٤٠٦ هـ ٢٣ ديسمبر ١٩٨٥ . وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص ٢٧/٢٦ .

(١٠٩) محمد عبد الجواد ، كيف حاد العالم عن صراط الشريعة الإسلامية ، وكيف يمكن العودة إليه ، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون ، المجموعة الثانية ، مطبعة جامعة القاهرة : ١٣٩٧ هـ ١٩٧٧ ، ص ٧٩ - ٨٥ .

(١١٠) عبد الحليم محمود ، نقله عنه : محمد عبد الجواد ، وجوب تعديل مناهج الدراسة في كليات الحقوق وكليات الشريعة والقانون ، مقال في مجلة البيان السودانية ، السنة الأولى : ربيع الثاني ١٣٩٤ هـ أبريل ١٩٧٤ ، العدد الثاني ، ص ٨ .

(١١١) يوسف القرضاوي ، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، ص ٣٠٥ .

لعدم وجود المجتهد ، فإذا لم يكن مجتهداً ، فعلى الأقل يكون ممن يمكنه الاختيار والترجيح " [(١١٢)] .

٢٦ - الرأي المختار: لم يعد لنقد التقنين محل إزاء تشابك المشكلات اليومية وتعددها وتعقدها ، حتى أصبح " التخصص الدقيق " إحدى سمات العصر ، مما زادت معه الحاجة إلى تجميع القواعد المتعلقة بفرع من فروع القانون في مدونة واحدة، تيسر على الباحث معرفة ماله وما عليه، سواء أكان فقيهاً أم قاضياً أم كان دارساً أم كان من عامة الناس .أما مسألة جمود القاعدة القانونية وعدم مسايرتها للتطور الاجتماعي وإيقاف حركة الاجتهاد، فتلك مسألة تتعلق بالوعي العام في الجماعة ، وبالفكر المستنير لدى الهيئة التشريعية. وبذلك يسير القانون ، مدوناً كان أو غير مدون ، بسير المجتمع ويتطور بتطوره ، ويلبي متطلبات العصر وحاجات الأفراد [(١١٣)] . فالتقنين ليس تسجيلاً لقواعد شرعية / قانونية ثابتة لا تتغير ، وإنما هو ترتيب القواعد المتعلقة بفرع من فروع القانون وإزالة ما بينها من تناقض ومحو المتكرر منها ، وذلك لتسهيل البحث عن الأحكام لمن يحتاج إلى معرفتها . ومن ثم لا يجوز النظر إلى التقنين على أنه عمل كامل دائم ، إنه عمل يعتريه النقص [(١١٤)] ، ولا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان [(١١٥)] ، ولذا جاء في كتاب الملل والنحل للشهرستاني : " نعلم قطعاً ويقيناً أن الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد ، ونعلم قطعاً أيضاً أنه لم يرد في كل حادثة نص ولا يتصور ذلك أيضاً . والنصوص إذا كانت متناهية والوقائع غير

---

(١١٢) يوسف القرضاوي ، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، ص ٣٠٥ .

(١١٣) إبراهيم أبو الليل ومحمد الألفي ، المرجع السابق ، ص ٨٧ .

(١١٤) عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ص ٤٣٧ .

(١١٥) ابن القيم ، إعلام الموقعين ، جـ ٣ ص ١ وما بعدها .

متناهية ، وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى ، علم قطعاً أن الاجتهاد والقياس واجبا الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد " .

٢٧- ولهذا واجهت التقنينات الحديثة مشكلة النقص في التشريع ، وتنوعت الطرق التي يجب على القاضي اتباعها إزاء سد النقص في التشريع بتنوع وجهات النظرما بين سلطة تشريعية وأخرى :

أ - فالقانون المدني السويسري ينص في الفقرة الثانية من المادة الأولى على أنه:

" في حالة عدم وجود نص يمكن تطبيقه يحكم القاضي وفقاً للعرف ، وفي حالة عدم وجود عرف فإنه يحكم وفقاً للقواعد التي كان ليضعها لو كان عليه أن يقوم بعمل من أعمال المشرع ، وهو يستهدي في ذلك بالحلول التي يقررها الفقه والقضاء " .

ب -وينص القانون المدني المصري في الفقرة الثانية من المادة الأولى على أنه :

" إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضي مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة " .

جـ-وتنص الفقرة الثانية من المادة الأولى في القانون المدني الكويتي على ما يلي:" فإن لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى العرف،فإن لم يوجد عرف اجتهد القاضي رأيه مستهدياً بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها " .

د- أما قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة فقد نص في مادته الأولى على ما يلي : " فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية . على أن يراعى تخير أنسب الحلول من

مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل ، فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة " .

٢٨-وهكذا يتضح أن التقنين ضرورة حتمية للدولة المعاصرة ، ولضمان العدل واستقرار التعامل في المجتمع ، في حين أنه لا يعوق حركة الاجتهاد الفقهي ولا يحجر على الفكر القانوني وتطوره نحو خير الجماعة ، ونظرة عابرة على الإنتاج الفقهي والقضائي والتشريعي في الدول التي تتبع نظام التقنين - مثل فرنسا وإيطاليا وألمانيا ومصر - تدلنا على أن من توافرت لديه أهلية الاجتهاد لا يخشى التشريع ولا التقنين ، وإنما يمضي في طريقه ليقدم للإنسانية أجزل العطاء .

الفصل الثاني
محاولات تقنين الأحكام في الإسلام

٢٩-منذ فجر الإسلام ، قامت محاولات لتجميع وتدوين الأحكام الشرعية والاجتهادات الفقهية والقضائية ، في وثائق أو متون أو كتب متخصصة أو مجموعات متكاملة .بعض هذه المحاولات جاء بناء على طلب من ولي الأمر فاكتسب الصفة الرسمية، وبعضها الآخر جاء بمبادرة شخصية من بعض العلماء، بناء على أن السلطة التشريعية في الإسلام يتولاها أهل الحل والعقد ، فيقوم كل قادر على الاجتهاد ببذل الجهد في سبيل استنباط الأحكام من أدلتها الشرعية . وعلى هذا نعرض بعضاً من محاولات التقنين الرسمية في مبحث أول ، وبعض محاولات التقنين الفردية في مبحث آخر .

المبحث الأول
محاولات التقنين الرسمية

٣٠ - دستور المدينة المنورة : [١١٦] وضع الرسول صلى الله عليه وسلم - عقب الهجرة مباشرة - النظام الأساسي للدولة الإسلامية ، دون فيه تكوين الأمة وعناصرها ومقوماتها وبيان الحقوق والواجبات المتعلقة بأفراد المجتمع على اختلاف انتماءاتهم ، وهذا نص الوثيقة :

بسم الله الرحمن الرحيم

(١) هذا كتاب من محمد النبي [رسول الله] بين المؤمنين والمسلمين من قريش و[أهل] يثرب ومَن تبعهم فلحق بهم وجاهد معهم .

(٢) أنهم أمّة واحدة من دون الناس .

(٣) المهاجرون من قريش على رَبعتهم يتعاقلون بينهم وهم يَفدُون عانيَهم بالمعروف والقسط بين المؤمنين .

(٤) وبنو عَوف على ربعتهم يتعاقلون معاقلَهم الأولى ، وكل طائفة تَفدي عانيها بالمعروف والقسط بين المؤمنين .

---

(١١٦) محمد حميد الله ، مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة ، الطبعة الرابعة ، بيروت :١٤٠٣ هـ ١٩٨٣ ، ص ٥٧ - ٦٣، نقلاً عن كتب الحديث والسنن والمسانيد وسيرة ابن هشام، وسيرة ابن إسحاق ، وكتاب الأموال لابن زنجويه ، والنهاية لابن الأثير .

وانظر كذلك : محمد حميد الله ، أقدم دستور مسجل في العالم ، مباحث مؤتمر دائرة المعارف ، حيدر آباد الدكن ، ١٩٣٨ ، ص ٩٧ -١٢٤ . أكرم العمري ، أول دستور أعلنه الإسلام ، مجلة كلية الإمام الأعظم ، بغداد ، العدد الأول لسنة ١٣٩٢ هـ ١٩٧٢ ، ص ٣٥ - ٦٦ . صالح أحمد العلي ، تنظيمات الرسول الإدارية في المدينة ، مجلة المعهد العلمي العراقي ، بغداد ١٩٦٩ ، جـ ١٧ .

(٥) وبنو الحارث [بن الخزرَج] على ربعتهم يتعاقلون معاقلهم الأولى ، وكل طائفة تفدي عانيها بالمعروف والقسط بين المؤمنين .

(٦) وبنو ساعِدة على ربعتهم يتعاقلون معاقلهم الأولى ، وكل طائفة تفدي عانيها بالمعروف والقسط بين المؤمنين .

(٧) وبنو جُشم على ربعتهم يتعاقلون معاقلهم الأولى ، وكل طائفة تفدي عانيها بالمعروف والقسط بين المؤمنين .

(٨) وبنو النّجّار على ربعتهم يتعاقلون معاقلهم الأولى ، وكل طائفة تفدي عانيها بالمعروف والقسط بين المؤمنين .

(٩) وبنو عَمرو بن عوف على ربعتهم يتعاقلون معاقلهم الأولى ،وكل طائفة تفدي عانيها بالمعروف والقسط بين المؤمنين .

(١٠) وبنو النَّبِيت على ربعتهم يتعاقلون معاقلهم ، وكل طائفة تفدي عانيها بالمعروف والقسط بين المؤمنين .

(١١) وبنو الأوس على ربعتهم يتعاقلون معاقلهم الأولى ؛ وكل طائفة تفدي عانيها بالمعروف والقسط بين المؤمنين

(١٢)وأنّ المؤمنين لا يتركون مُفرَحاً بينهم أن يعطوه بالمعروف في فداء أو عقل .

(١٢ب) وأن لا يحالف مؤمن مولى مؤمن دونه .

(١٣) وأن المؤمنين المتقين < أيديهم > على < كل > مَن بغى منهم ، أو ابتغى دَسيعةَ ظلمٍ ،أو إثماً، أو عدواناً ، أو فساداً بين المؤمنين ، وأن أيديهم عليه جميعاً ، ولو كان ولدَ أحدهم .

(١٤)ولا يَقْتُل مؤمنٌ مؤمناً في كافر ، ولا ينصر كافراً على مؤمن .

(١٥)وأنّ ذمّة الله واحدة يجبر عليهم أدناهم ، وأنّ المؤمنين بعضهم موالي بعض دون الناس .

(١٦)وأنه مَن تبعنا من يهود فإنّ له النصرَ والأسوةَ غير مظلومين ولا متَناصر

عليهم .

(١٧)وأنّ سلم المؤمنين واحدةٌ ، لا يُسالِم مؤمن دون مؤمن في قتال في سبيل الله ، إلا على سواءٍ وعدل بينهم .

(١٨) وأنّ كل غازية غَزَت معنا يعقب بعضها بعضاً.

(١٩)وأن المؤمنين يُبيء بعضهم عن بعض بما نال دماءهم في سبيل الله .

(٢٠)وأن المؤمنين المتقين على أحسن هُدىً وأقومه .

(٢٠ب) وأنه لا يجير مشركٌ مالاً لقريش ولا نفساً ، ولا يحول دونه على مؤمن .

(٢١) وأنه مَن اعتَبط مؤمناً قتلا عن بيّنة فإنه قَوَدٌ به ، إلا أن يرضى ولي المقتول [بالعقل] وأن المؤمنين عليه كافة ولا يحل لهم إلا قيام عليه .

(٢٢) وأنه لا يحل لمؤمن أقر بما في هذه الصحيفة ، وآمن بالله واليوم الآخر أن ينصر محدثاً أو يؤويه ، وأن من نصره ، أو آواه ، فإن عليه لعنة الله وغضبه يوم القيامة ، ولا يؤخذ منه صرف ولا عدل .

(٢٣)وأنكم مهما اختلفتم فيه من شيء ، فإن مرده إلى الله وإلى محمد .

(٢٤)وأن اليهود ينفقون مع المؤمنين ماداموا محاربين .

(٢٥) وأن يهود بني عوف أمة مع المؤمنين ، لليهود دينهم وللمسلمين دينهم ، مواليهم وأنفسهم إلا من ظلم وأثم ، فإنه لا يوتغ إلا نفسه وأهل بيته .

(٢٦)وأن ليهود بني النجار مثل ما ليهود بني عوف .

(٢٧)وأن ليهود بني الحارث مثل ما ليهود بني عوف .

(٢٨)وأن ليهود بني ساعدة مثل ما ليهود بني عوف .

(٢٩)وأن ليهود بني جشم مثل ما ليهود بني عوف .

(٣٠)وأن ليهود بني الأوس مثل ما ليهود بني عوف .

(٣١)وأن ليهود بني ثعلبة مثل ما ليهود بني عوف ، إلا من ظلم وأثم ، فإنه

لايوتغ إلا نفسه وأهل بيته .

(٣٢)وأن جفنة بطن من ثعلبة كأنفسهم .

(٣٣)وأن لبني الشطيبة مثل ما ليهود بني عوف ، وأن البر دون الإثم .

(٣٤)وأن موالى ثعلبة كأنفسهم .

(٣٥)وأن بطانة يهود كأنفسهم .

(٣٦)وأنه لا يخرج منهم أحد إلا بإذن محمد .

(٣٦ ب) وأنه لا ينحجز على ثأر جرح ، وأنه من فتك فبنفسه وأهل بيته إلا من ظلم وأن الله على أبر هذا .

(٣٧) وأن على اليهود نفقتهم ، وعلى المسلمين نفقتهم ، وأن بينهم النصر على من حارب أهل هذه الصحيفة ، وأن بينهم النصح والنصيحة والبر دون الإثم .

(٣٧ ب) وأنه لا يأثم امرء بحليفه ، وأن النصر للمظلوم .

(٣٨) وأن اليهود ينفقون مع المؤمنين ماداموا محاربين .

(٣٩)وأن يثرب حرام جوفها لأهل هذه الصحيفة .

(٤٠)وأن الجار كالنفس غير مضار ولا آثم .

(٤١)وأنه لا تجار حرمة إلا بإذن أهلها .

(٤٢)وأنه ما كان بين أهل هذه الصحيفة من حدث ،أو اشتجار يخاف فساده، فإن مرده إلى الله وإلى محمد رسول الله (صلى الله عليه وسلم) ، وأن الله على أتقى ما في هذه الصحيفة وأبره .

(٤٣)وأنه لا تجار قريش ولا من نصرها .

(٤٤)وأن بينهم النصر على من دهم يثرب .

(٤٥)وإذا دعوا إلى صلح يصالحونه ويلبسونه فإنهم يصالحونه ويلبسونه ، وأنهم إذا دعوا إلى مثل ذلك ، فإنه لهم على المؤمنين إلا من حارب في

الدين .

(٤٥ ب) على كل أناس حصتهم من جانبهم الذي قبلهم .

(٤٦) وأن يهود الأوس مواليهم وأنفسهم على مثل ما لأهل هذه الصحيفة مع البر المحض من أهل هذه الصحيفة ، وأن البر دون الإثم لا يكسب كاسب إلا على نفسه، وأن الله على أصدق ما في هذه الصحيفة وأبره .

(٤٧) وأنه لا يحول هذا الكتاب دون ظالم أو آثم ، وأنه من خرج آمن ومن قعد آمن بالمدينة ، إلا من ظلم وأثم ، وأن الله جار لمن بر واتقى، ومحمد رسول الله (صلى الله عليه وسلم) .

٣١ - وثيقة تحدد زكاة الإبل والغنم (١١٧) :

عن سالم بن عبدالله : كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم كتاب الصدقة فلم يخرجه إلى عماله حتى قبض . فقرنه بسيفه . فعمل به أبوبكر حتى قبض . ثم عمل به عمر حتى قبض . فكان فيه :

في خمس من الإبل (في رواية أخرى : في خمس ذود) شاة . وفي عشر شاتان. وفي خمس عشرة ثلاث شياه ، وفي عشرين أربع شياه . وفي خمس وعشرين ابنة مخاض، إلى خمس وثلاثين . فإن زادت واحدة ففيها بنت لبون ، إلى خمس وأربعين . فإن زادت واحدة ففيها حقة ، إلى ستين . فإذا زادت واحدة ففيها جذعة ، إلى خمس وسبعين . فإذا زادت واحدة ففيها بنتا لبون ، إلى تسعين . فاذا زادت واحدة ففيها حقتان ، إلى عشرين ومائة . فان كانت الابل أكثر من ذلك ففي كل خمسين حقة وفي كل أربعين ابنة لبون . وفي الغنم : في كل أربعين شاة شاة ، إلى عشرين ومائة . فإذا زادت واحدة فشاتان إلى

---

(١١٧) البيهقي ، السنن الكبرى ، جـ ٤ ص ٨٨ - ٨٩ .ابن ماجه ، السنن ، جـ ٨ ص ٩ .محمد حميد الله ، مجموعة الوثائق ، ص ٢٠٢ .

مائتين . فإذا زادت على المائتين ففيها ثلاث شياه إلى ثلاث مائة . فإذا كانت الغنم أكثر من ذلك ففي كل مائة شاة شاة . .وليس فيها شيء حتى تبلغ المائة .

ولا يفرق بين مجتمع ، ولا يجتمع بين متفرق مخافة الصدقة . وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بالسوية .

ولا توخذ في الصدقة هرمة ولا ذات عوار .

٣٢ - جمع القرآن الكريم [(١١٨)] : بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم ، انتفض كثير من القبائل على سلطان الدولة ، وارتد آخرون عن الإسلام ، فسير أبوبكر رضي الله عنه الجيوش لإعادة النظام في أرجاء شبه الجزيرة ، مما ترتب عليه استشهاد الكثير من الصحابة ، وكان من بينهم عدد كبير من القراء الذين جمعوا القرآن كله أو أكثره في صدورهم . فأشار عمر رضي الله عنه على الخليفة أن يجمع القرآن ، وتم انتداب عدد من كتاب الوحي لأداء هذا العمل على رأسهم زيد بن ثابت ، ولما أتمت هذه اللجنة عملها سلمت الصحف إلى الخليفة ، فظلت عنده حتى توفى ، ثم انتقلت إلى عمر وبقيت عنده حتى قتل ، فأصبحت عند حفصة أم المؤمنين وابنة أمير المؤمنين .

وفي خلافة عثمان رضي الله عنه حدثت الواقعة التالية : عند غزو " أرمينية " و " أذربيجان " اختلف القراء من أهل العراق وأهل الشام في قراءة آيات من القرآن الكريم ، فتمسك أهل حمص بقراءة المقداد بن الأسود ، واتبع أهل الشام

---

(١١٨) الزركشي ، البرهان في علوم القرآن ، القاهرة : ١٩٥٧ . الزنجاني ، تاريخ القرآن ، القاهرة : ١٩٣٥ .السيوطي ، الإتقان في علوم القرآن ، القاهرة :١٩٣٥. عبدالصبور شاهين ، تاريخ القرآن ، دار القلم : ١٩٦٦ . محمد عبدالعظيم الزرقاني ، مناهل العرفان في علوم القرآن ، القاهرة : ١٩٤٣. مصطفى صادق الرافعي ، إعجاز القرآن ، القاهرة : ١٩٤٥ .

ودمشق قراءة أبي بن كعب ، وظل أهل الكوفة على قراءة عبدالله بن مسعود ، وفضل أهل البصرة قراءة أبى موسى الأشعري . فلما انتهى الغزو ذهب القائد حذيفة بن اليمان إلى المدينة ، وقال للخليفة : أدرك الأمة قبل أن يختلفوا اختلاف اليهود والنصارى ، فاستشار عثمان رضي الله عنه الصحابة ،وانتهى الرأي إلى ضرورة نسخ مصحف إمام يجتمع عليه المسلمون، وتم تشكيل لجنة برئاسة زيد بن ثابت لنسخ صحف حفصة ، وإرسال نسخة منها إلى مكة ، وأخرى إلى الشام ، وثالثة إلى البحرين ، وواحدة إلى اليمن ، ومصحفاً إلى الكوفة ، ومثله إلى البصرة وحبس بالمدينة واحدا . (١١٩)

وفي تطور لاحق أفرد بعض العلماء آيات الأحكام بالتفسير ، ووضعوا مؤلفات خاصة أسموها :" أحكام القرآن ". من ذلك على سبيل المثال :أحكام القرآن للإمام الشافعي (١٢٠) ، وأحكام القرآن للرازي الجصاص (١٢١) ، وأحكام القرآن لابن العربي (١٢٢) ، و الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (١٢٣) . وبعض هذه الكتب يمكن اعتبارها تفسيراً لأحكام القرآن ، باعتباره المصدر الأسمى للتشريع الإسلامي ،حيث أبان المؤلف معنى آيات الأحكام في ضوء الأسلوب العربي وأسباب النزول والسنن والآثار وأقوال السلف . ولكن البعض الآخر فسر آيات الأحكام على ما يوافق مذهبه ، فلم يزد عن جعلها مؤلفات فقهية مذهبية (١٢٤) .

---

(١١٩) محمد الزفزاف، التعريف بالقرآن والحديث، الكويت:١٩٧٩، ص٨٧ والمراجع التي أشار إليها .

(١٢٠) جمعه : البيهقي، وقدم له : محمد زاهد الكوثري، وكتب هوامشه: عبدالغني عبدالخالق، وعني بنشره وتصحيحه ووقف على طبعه : دار الكتب العلمية ،بيروت : ١٣٩٥ هـ ١٩٧٥ .

(١٢١) مطبعة الأوقاف الإسلامية ، استانبول : ١٣٣٥ هـ .

(١٢٢) مطبعة الحلبي ، القاهرة : ١٣٧٦ هـ ١٩٥٧ .

(١٢٣) مطبعة دار الكتب المصرية : ١٣٧٢ هـ ١٩٥٢ .

(١٢٤) عبدالوهاب خلاف ، السلطات الثلاث في الإسلام ، ص ١٢٢ / ١٢٣ .

٣٣ - تدوين السنة : روي عـروة بن الزبيـر أن عـمـر بن الخطاب أراد أن يكتب السنن- كما أشار على أبى بكر من قبل بجمع القرآن - فاستشار الصحابة ، فأشار عليه عامتهم بتدوين السنن ، فلبث شهراً يستخير الله في ذلك . ثم أصبح يوماً وقد عزم الله له ، فقال : إني كنت ذكرت لكم من كتابة السنن ما قد علمتم، ثم تذكرت فإذا أناس من أهل الكتاب من قبلكم قد كتبوا مع كتاب الله كتباً فأكبوا عليها وتركوا كتاب الله ، وإني والله لا أشوب كتاب الله بشيء أبداً ، وعدل عن كتابة السنن (١٢٥) . فهذه المحاولة لم يكتب لها النجاح ، ولكنها ظهرت مرة أخرى في عهد الخليفة عمر بن عبدالعزيز . فقد حكى مالك في الموطأ : أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى أبى بكر بن محمد بن عمر بن حزم ، أن انظر ما كان من حديث رسول الله ، أو سنة أو حديث ، أونحو هذا فاكتبه لي ، فإني خفت دروس العلم وذهاب العلماء (١٢٦) وروي أبو حاتم الرازي عن ابن وهب عن مالك ، قال : لم يكن عندنا أحد بالمدينة عنده من علم القضاء ما كان عند أبي بكر بن حزم ، وكان ولاه عمر بن عبدالعزيز ، وكتب إليه أن يكتب إليه العلم من عند عمرة بنت عبد الرحمن والقاسم بن محمد - وهما من تلاميذ عائشة - فكتبه له ، ولم يكن على .المدينة أنصاري أميرا غير أبى بكر ابن حزم، وكان قاضيا (١٢٧) . وورد أن عمر بن عبدالعزيز كتب لأهل الآفاق مثل ماكتب لابن حزم ، فقام العلماء بتدوين ما عندهم من السنن (١٢٨) . وقد

---

(١٢٥) صديق أبو الحسن ، دراسات في السنة النبوية الشريفة ، القاهرة : ١٤٠٨ هـ ١٩٨٨ ، ص ١٢١ / ١٢٢ ، و المراجع التي أشار إليها

(١٢٦) محمد الزفزاف ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨ ، وما أشار إليه من مراجع .

(١٢٧) أبوحاتم الرازي ، الجرح والتعديل ، مخطوط بالمكتبة الوطنية بباريس ، ص 7A .

(١٢٨) صديق أبو الحسن ، المرجع السابق ، ص ١٣٢ .

ذكر ابن عبدالبر أن محمد بن مسلم بن شهاب الزهري دون وقدمه إلى عمر في حياته ، فكان عمر يرسل إلى كل أفق دفترا من دفاتره [129] . أما ابن حزم فقد قام بما كلفه به الخليفة خير قيام حتى أتمه ، ولكن عمر كان قد مات ، فلم ير مدونة أبي بكر بن حزم [130] . وبهذا التدوين الرسمي صارت أغلب نصوص المصدر التشريعي الثاني مسطورة ومكتوبة ، " وأدى هذا التدوين إلى ضبط السنة والمحافظة عليها من الضياع ومن التغيير والتبديل ، وإلى تسهيل الرجوع إليها باعتبارها مصدراً تشريعيا لا يسوغ الرجوع إلى القياس إلا بعد الرجوع إليها " [131] .

كان هذا التدوين الرسمي للسنة فاتحة الطريق أمام طبقات من العلماء ، عنوا بالأحاديث والسنن رواية وتدوينا ودراسة وتمحيصاً ،وأفرد بعضهم أحاديث الأحكام بمؤلفات خاصة مرتبة على أبواب الفقه، منها: سنن أبي داود [132] وإحكام الأحكام لابن دقيق العيد [133]، والتحقيق في أحاديث الخلاف لابن الجوزي[134]، وسبل السلام لمحمد ابن إسماعيل الصنعاني شرح بلوغ المرام لابن حجر العسقلاني [135]، ونيل الأوطار للشوكاني شرح منتقى الأخبار لأبي البركات ابن تيمية [136] .

---

(١٢٩) ابن عبدالبر ، جامع بيان العلم ، الطبعة الأولى ، جـ ١ ص ٧٦ .
(١٣٠) صديق أبو الحسن ، المرجع السابق ، ص ١٣٣ .
(١٣١) عبدالوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ١٢٥ .
(١٣٢) الخطابي، معالم السنن، بتحقيق عبد السلام عبدالشافي محمد، بيروت:١٤١١هـ ١٩٩١
(١٣٣) مطبعة السنة المحمدية : ١٣٧٤ هـ ١٩٥٥ .
(١٣٤) مخطوط بدار الكتب المصرية .
(١٣٥)طبع في القاهرة : ١٣٤٤ هـ ١٩٢٦ ، باعتناء : محمد عبدالعزيز الخولي .
(١٣٦) المطبعة المنيرية ، القاهرة : ١٣٤٤ هـ .

٣٤- موطأ مالك : في رسالة الصحابة ، التي كتبها عبدالله بن المقفع للخليفة العباسي أبي جعفر المنصور ، عرض للقضايا الاجتماعية التي كانت تمور في عصره، ومنها : موضوع تنظيم القضاء ، الذي تضاربت أحكامه ، واهتزت أسسه وقواعده ، فاقترح على الخليفة أن يجمع الفقهاء على تأليف قانون عام متفق عليه ، يضم كل الأحكام التي يجب أن يسير على ضوئها كل القضاة في دولة الخلافة [(١٣٧)]. وكان مما قاله : " ومما ينظر أمير المؤمنين فيه من أمر هذين المصرين وغيرهما من الأمصار والنواحي ، اختلاف هذه الأحكام المتناقضة التي قد بلغ اختلافها أمراً عظيما في الدماء والفروج والأموال ، فيستحل الدم والفرج بالحيرة ، وهما يحرمان بالكوفة ، ويكون مثل ذلك الاختلاف في جوف الكعبة ، فيستحل في ناحية منها ما يحرم في ناحية أخرى . غير أنه على كثرة ألوانه نافذ على المسلمين في دمائهم وحرمهم ، يقضي به قضاة جائز أمرهم وحكمهم ... فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأقضية والسير المختلفة فترفع إليه في كتاب ، ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة وقياس ، ثم نظر في ذلك أمير المؤمنين وأمضى في كل قضية رأيه الذي يلهمه الله، ويعزم عليه عزما ، وينهي عن القضاء بخلافه ، وكتب بذلك كتاباً جامعاً ، لرجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكما واحداً صوابا [(١٣٨)] " .

وقد وقع اختيار المنصور على إمام أهل المدينة للقيام بهذا العمل التشريعي " قال الشافعي : بعث أبو جعفر المنصور إلى مالك لما قدم فقال له : إن الناس قد اختلفوا في العراق فضع للناس كتاباً نجمعهم عليه ، فوضع الموطأ . وقال غيره : إن أبا جعفر لما قال لمالك : ضع كتاباً في العلم نجمع الناس عليه ، قال له مع ذلك:

---

(١٣٧) يوسف أبو حلقة ، مقدمة المجموعة الكاملة لمؤلفات عبدالله بن المقفع ، بيروت : ١٩٧٨، ص ١٦ / ١٧ .

(١٣٨) ابن المقفع ، رسالة في الصحابة ، ضمن المجموعة الكاملة ، ص ٢٠٦ - ٢١٠ .

اجتنب فيه شواذ ابن عباس وشدائد ابن عمر ورخص ابن مسعود "[١٣٩]" وقال ابن سعد في الطبقات : أخبرنا الواقدي قال : سمعت مالك بن أنس يقول : لما حج أبو جعفر المنصور دعاني ، فدخلت عليه فحادثته ، وسألني فأجبته ، فقال: إني عزمت أن آمر بكتابك هذا الذي وضعته - يعني الموطأ - فينسخ نسخاً ، ثم أبعث إلى كل مصر من أمصار المسلمين منها بنسخة ، وآمرهم أن يعملوا بما فيها ولا يتعدونه إلى غيره ، ويدعوا ما سوى ذلك من هذا العلم المحدث ، فإني رأيت أهل العلم رواة أهل المدينة وعملهم . فقلت : يا أمير المؤمنين لا تفعل هذا ، فإن الناس قد سبقت إليهم أقاويل، وسمعوا أحاديث ، ورووا روايات ، وأخذ كل قوم مما سبق إليهم وعملوا به ودانوا له من اختلاف الناس وغيرهم ، وإن ردهم عما اعتقدوه شديد ، فدع الناس وما هم عليه وما اختار أهل كل بلد منهم لأنفسهم . فقال : لعمري لو طاوعتني على ذلك لأمرت به"[١٤٠] . ويبدو أن هارون الرشيد أعاد هذه المحاولة مرة أخرى ، فقد روي أبو نعيم في الحلية عن مالك بن أنس أنه قال : " شاورني هارون الرشيد أن يعلق الموطأ في الكعبة ، ويحمل الناس على ما فيه . فقلت : لا تفعل ، فإن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم اختلفوا في الفروع ، وتفرقوا في البلاد ، فكل مصيب "[١٤١] .

٣٥ - الخراج لأبي يوسف : يبدو أن هارون الرشيد كان قد تأثر بما كتبه ابن المقفع في رسالة الصحابة لأبي جعفر المنصور . ذلك أنه حين ولى الخلافة استقطب واحداً

---

(١٣٩) الزواوي ، كتاب مناقب الإمام مالك ، طبع سنة ١٣٢٥ هـ ص ٣٢ وفي ص ٣١ : " قال مالك : ثم قال لي : قد أردت أن أجعل هذا العلم علماً واحداً ، أكتب به إلى أمراء الأجناد وإلى القضاة فيعملون به . فمن خالف ضربت عنقه " .

(١٤٠) السيوطي ، تزيين الممالك ، طبع سنة ١٣٢٥ هـ ، ص ٧٠ .

(١٤١) محمد محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، طبع مصر:١٣٤٩هـ، ص ٥٣ .

من أنبه تلامذة الإمام أبي حنيفة " أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم المتوفى سنة ١٨٢ هـ "، لأنه كان أول من دون الكتب في المذهب الحنفي ، كما يقول ابن النديم في الفهرست، فأسند إليه القضاء، وكان أول من حمل لقب " قاضي القضاة".
وقد طلب الخليفة من أبي يوسف أن يضع له كتاباً يستهديه في نظم الدولة المالية وإدارتها ، لإزالة ما كان في عهد الأمويين من العمل بالرأي الطليق في هذا الأمر، فدون أبو يوسف " كتاب الخراج " (١٤٢) ، الذي يطلق عليه الباحثون اسم الدستور الديني للسياسة العامة " (١٤٣).ولا يوجد بيدنا كتاب الخليفة الذي يكلفه بهذا العمل ، ولكنا نجد في مقدمة كتاب الخراج : " إن أمير المؤمنين - أيده الله تعالى - سألني أن أضع له كتاباً جامعاً ، يعمل به في جباية الخراج والعشور والصدقات والجوالي (الجزية) وغير ذلك مما يجب عليه النظر فيه والعمل به، وأراد بذلك رفع الظلم عن رعيته والصلاح لأمرهم ، وفق الله تعالى أمير المؤمنين وسدده وأعانه على ما تولى من ذلك وسلمه مما يخاف ويحذر. وطلب مني أن أبين له ما سألني عنه مما يريد العمل به وأفسره وأشرحه، وقد فسرت ذلك وشرحته" (١٤٤) .

وقد جدت في أمور النظام الإداري والمالي مسائل،بعد كتاب الخراج لأبي يوسف، جعلت الخليفة المهتدي يطلب إلى الخصاف (المتوفي سنة ٢٦١ هـ) مراجعة قانون الإدارةوإبداء ما يراه ، فذكر له آراءه في " كتاب الخراج " الذي وضعه لذلك(١٤٥)، ولكني لم أقف على هذا الكتاب .

---

(١٤٢) أبو يوسف ، الخراج ، الطبعة الأولى - الأميرية : ١٣٠٢ هـ .
(١٤٣) علي عبد القادر ، نظرة عامة في تاريخ الفقه الإسلامي ، القاهرة : ١٩٥٦ ، ص ٢٠٣ .
(١٤٤) أبو يوسف يعقوب ، الخراج ، المرجع السابق ، ص ١ - ٣ .
(١٤٥) على عبد القادر ، المرجع المتقدم ، ص ٢٠٥ .

٣٦ - **كتاب الأحكام الشرعية للخلافة الفاطمية** : من المعروف أن الفقه عند طائفة " الاسماعيلية " يعتمد على " التأويل " ، (١٤٦) ، وعلى أن الخليفة هو المرجع الأول والأخير في تحديد الأحكام ، لأنه الشخص الذي ورث العلم الإلهي كله عن آبائه وأجداده من لدن الإمام على بن أبي طالب (١٤٧) . فلما دخل المعز لدين الله مدينة القاهرة " كان معه عالمه الأكبر وفقيه الاسماعيلية ، فلم يلبث أن عين قاضي القضاة بمصر - وهي أول مرة عرف فيها هذا الوصف بمصر ، وكان قبل ذلك قاصراً على القاضي الأكبر ببغداد دار الخلافة الكبرى - وكان هذا القاضي يقضي بين الناس بمذهب الإسماعيلية في المواريث وفي أشياء أخر ... ومع ترتيب القضاء المصري على هذا المذهب ، كان علماؤهم يقومون بتدريسه في الجامع الأزهر " (١٤٨) . حتى تم إنشاء " دار العلم " أو " دار الحكمة " لتقوم بوظيفة من أكبر وظائف الدولة ، هي وظيفة إعداد الدعاة والقضاة وتدريبهم ، على ألا يسمح لهم بدخول الدار حتى يتموا دراستهم في الجامع الأهر (١٤٩) .

وقد اختلف المؤرخون حول مصير مذاهب أهل السنة في ظل الخلافة الفاطمية(١٥٠) فبينا يروي المقريزي أن القائد جوهر عمل على نشر مذهب الشيعة بجد ، حتى عمل به في القضاء والفتيا وأنكر ما خالفه ، ولم يبق مذهب سواه ، حتى إن تعلم أي مذهب أو اقتناء كتاب من كتبه كان جريمة يعاقب عليها .يقول

---

(١٤٦) عبد اللطيف حمزة ، الحركة الفكرية في مصر في العصرين الأيوبي والمملوكي الأول ، القاهرة : ١٣٦٦ هـ ١٩٤٧، ص ١٩٩ .

(١٤٧) عبد اللطيف حمزة ، المرجع المتقدم ، ص ٧٥ . نقلاً عن خطط المقريزي .

(١٤٨) محمد الخضري، تاريخ التشريع الإسلامي، الطبعة الثامنة : ١٣٨٧هـ ١٩٦٧، ص ٢٩٣ .

(١٤٩) عبد اللطيف حمزة ، المرجع السابق ، تلخيصاً لما في كتاب : الفلك الدوار في سماء الأئمة الأطهار ، طبعة حلب ، ص ١٦٣ .

(١٥٠) محمود عرنوس ، المرجع السابق ، ص ٥٧/٥٨ .

القلقشندي في صبح الأعشى : إن الفاطميين كانوا يتألفون أهل السنة والجماعة ويمكنونهم من إظهار شعائرهم على اختلاف مذاهبهم . وقد أقاموا قضاة من المالكية والشافعية ، ولم تكن كراهتهم لمذهب أبي حنيفة إلا لأنه مذهب العباسيين ، على ما يظهر .

والذي يهمنا في هذا الأمر، أنه : لما تولى يعقوب بن كلس الوزارة، سنة ٣٦٨هـ ٩٧٩ م [١٥١] ، ألف كتاباً في الفقه على مذهب الفواطم ، يتضمن ما سمعه من المعزلدين الله ومن ابنه العزيز بالله ، مرتباً على أبواب الفقه ويشتمل على فقه الطائفة الإسماعيلية [١٥٢] .وكان هذا الكتاب بمثابة الفقه والقانون ، يطبقه القضاة ويشرحونه للناس ، وإذا أشكل على القاضي شيء رجع فيه إلى الخليفة نفسه.

٣٧ - الأحكام السلطانية للماوردي : أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي (المتوفي سنة ٤٥٠ هـ) تصدر للتدريس في بغداد والبصرة ، وألف كتباً قيمة في التفسير والحديث والفقه والأدب والنحو والفلسفة والسياسة وعلوم الاجتماع والأخلاق، وقد ولى القضاء ببلدان كثيرة . وفي سنة ٤٢٩ هـ - في عهد الخليفة العباسي " القائم " ، والسلطان " جلال الدولة " - أسند إليه أكبر منصب قضائي في الدولة ، ولقب بـ " أقضى القضاة " . [١٥٣] كلفه الخليفة القائم بوضع كتاب شامل موجز في تدبير سياسة الدولة ، فدون " الأحكام السلطانية " ، لبيان الأحكام الشرعية في مسائل : الإمامة ، والوزارة ، وإمارة

(١٥١) دائرة المعارف الإسلامية ، جـ ١ ص ٢٧٠ .

(١٥٢) عبد اللطيف حمزة ، المرجع السابق، ص ٧٥ نقلاً عن خطط المقريزي .

(١٥٣) ابن العماد ، شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، القاهرة : ١٣٥١ هـ ، جـ ٣ ص ٢٨٥ .

البلاد ، وإمارة الجهاد ، وولاية القضاء والمظالم ، وإمامة الصلوات والولاية على الحج والصدقات ، وقسم الفيء والغنيمة ، ووضع الجزية والخراج ، وإحياء الموات واستخراج المياه والحمي والارفاق وأحكام الإقطاع ، ووضع الديوان ، وأحكام الجرائم، والحسبة (١٥٤) . وقد حظى هذا الكتاب باهتمام العلماء والباحثين في الشرق والغرب ، وترجم إلى عدة لغات أوروبية ، ورأي بعضهم أن كتاب الأحكام السلطانية بالنسبة للنظم السياسية الإسلامية مماثل لكتاب السياسة لأرسطو بالنسبة لدول المدن " *City States* " في بلاد الإغريق (١٥٥) .

يقول الماوردي في مقدمة " الأحكام السلطانية : " ولما كانت الأحكام السلطانية بولاة الأمور أحق ، وكان امتزاجها بجميع الأحكام يقطعهم عن تصفحها مع تشاغلهم بالسياسة والتدبير ، أفردت لها كتاباً امتثلت فيه أمر من لزمت طاعته ، ليعلم مذاهب العلماء فيما له منها فيستوفيه ، وما عليه منها فيوفيه ، توخياً للعدل في تنفيذه وقضائه ، وتحرياً للنصفة في أخذه وعطائه " (١٥٦) .

٣٨ - تقويم النظر لابن الدهان : منذ أن تولى صلاح الدين الأيوبي الوزارة في مصر بأمر من الخليفة الفاطمي " العاضد " في سنة ٥٦٤ هـ ، وهو يخطط لإسقاط الخلافة الفاطمية وإعادة مصر إلى الخلافة العباسية ، فصرف القاضي الإسماعيلي " جلال الدين هبة الله بن كامل الصوري " وولى مكانه " صدر الدين عبد الله بن درباس الكردي الشافعي " قضاء القضاة بالقاهرة سنة ٥٦٦ هـ (١٥٧) . وكان

(١٥٤) الماوردي ، الأحكام السلطانية ، المرجع السابق ، ص ٤ .

(١٥٥) بدوي عبداللطيف . صفحات من تراث الإمام الماوردي ، ص ٢ : بحث قدم لندوة أبي الحسن الماوردي بجامعة عين شمس ، سنة ١٩٧٥ .

(١٥٦) الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص ٣ .

(١٥٧) محمد الخضري ، المرجع السابق ، ص ٢٩٤ .

صـلاح الدين يقـرب العلمـاء والفـقـهـاء، ويحـضـر مـجلس العـدل يومي الاثنين والخميس من كل أسبوع (١٥٨) . وقد عثرت على مخطوط يتعلق باختلاف الفقهاء في المكتبـة الوطنيـة بباريس ، ألفه " أبو شجاع محمد بن علي بن شعيب بن الدهان " المتوفي سنة ٥٩٢ هـ عنوانه " تقويـم النظر " (١٥٩) ، وهو كتاب على هيئة جداول ، يذكر المسألة وآراء الفقهاء فيها وأدلتهم والأصل الذي يمكن تخريج المسألة عليه. وأغلب الظن أن صلاح الدين هو الذي كلفه بتدوين هذا المجموع، ليكون مرجعاً موجزاً وشاملاً للقضاة ، ولهذا نجد الكتاب يحتوى على أربعة أقسام : ربع العبادات، وربع المعاملات ، وربع النكاح ، وربع الجنايات . يقول المؤلف في المقدمة:"وهب لي على الكبر عبد من عبيد الرحمن .. فأرغد العيشة، وهنأ المعيشة فرغني للاشتغال بخلو البال ، ووجدته قد اقتنى مع الذكر الجميل كتباً تشهد بفضله، فتخذتها ذريعة إلى تدارك ذلك القصد ". ويوجد على غلاف الكتاب ما يدل على أنه كان مملوكاً للقاضي شهاب الدين، قاضي القضاة بمصر المحروسة .

٣٩ - **مجموع التشريع لدولة الموحدين** : أبو يوسف يعقوب - الثالث من دولة الموحدين بالمغرب - تولي الخلافة ما بين سنتي ٥٨٠ - ٥٩٥ هـ ، وتلقب بالمنصور بالله (١٦٠) ، وكان يميل إلى الشدة في المحافظة على السنن السلفية وطرح آراء الفقهاء . قام أبو يوسف يعقوب بتدوين وجمع كتب السنن العشرة : البخاري، ومسلم، وأبو داود، والنسائي، والترمذي، والموطأ، وسنن البزار، ومصنف ابن أبي شيبة، وسنن الدارقطني، وسنن البيهقي. وأمر بإبعاد ما فيها من آراء

---

(١٥٨) عبد اللطيف حمزة ، المرجع السابق ، ص ١٥١ نقلاً عن كتاب : شفاء القلوب .

(١٥٩) أكملنا تحقيق " تقويم النظر " لأبي شجاع ابن الدهان ، وهو الآن تحت الطبع.

(١٦٠) عباس محمود العقاد، ابن رشد، القاهرة :١٩٨٢، ص ١٢/١١. علي عبد القادر،المرجع السابق، ص ٣١٧ .

الفقهاء في الفروع، وجعل منها مجموعاً رسمياً للتشريع في دولة الموحدين (١٦١) .

٤٠-الفتاوي الهندية : (١٦٢) لما اعتلى الامبراطور العالم الفقيه محمد أورنك زيب الملقب بعالمكير عرش دهلي عام ١٠٦٩ هـ ١٦٥٨ م ، أراد تيسير الفقه الحنفي وتدوينه في مجموعة يلتزم بها أعضاء الإدارة والفتوى والتشريع في الدولة ، فشكل في سنة ١٠٧٣هـ "مجلس الفقهاء " من أربعين فقيهاً وقاضياً يرأسهم نظام الدين برهانبوري ، لجمع أحكام الفقه في شتى الموضوعات وخاصة ما يتصل منها بالمعاملات والقضاء والإدارة والتوثيق ، وتدوينها في مدونة تحرر باللغة العربية ، وتعرض فيها أحكام الفقه بتنسيق وترتيب وتنقيح يجعلها سهلة المأخذ ، مع العناية بنسبة كل حكم إلى مرجعه .وقد أتم هذا المجلس عمله في ثماني سنوات، بتأليف كتاب " الفتاوي الهندية " المشهور والمتداول بين أيدينا . " وبعد إتمام هذا الكتاب العظيم الجامع لقانون الشريعة - متمثلاً بالمذهب الحنفي - وإطلاقه للنسخ والتعميم ، أصدر الملك مرسوماً إمبراطورياً بوضع ما تضمنه من أحكام موضع التنفيذ في جميع أرجاء المملكة ، والعمل بها في الدوائر القضائية " (١٦٣) .

٤١- مجلة الاحكام العدلية : (١٦٤) في منتصف القرن التاسع عشر ، عين أحمد

---

(١٦١) علي عبد القادر ، نفس المرجع ، ص ٣١٧/٣١٦ .

(١٦٢) الفتاوي الهندية ، الطبعة الثانية ، بولاق مصر : ١٣١٠ هـ ، ٢ . أنور أحمد قادري ، الفتاوي الهندية ، مجلة الوعي الإسلامي ، الكويت ، عدد : ٧٠، ٧١ من السنة السادسة ، ١٣٩٠هـ. أبو الأعلى المودودي ، نظرية الإسلام وهديه في السياسة والقانون والدستور ، بيروت : ١٣٨٩ هـ ١٩٦٩ ، ص ٩٤ . مصطفى أحمد الزرقاء ، مجلة الأحكام العدلية وحركة التقنين من الفقه الإسلامي ، مجلة القضاء والقانون ، بغداد ، السنة الأولى ، العدد الأول ، ص ٢٢-٢٧ .

(١٦٣) مصطفى أحمد الزرقاء ، المقال السابق ، ص ٢٣ .

(١٦٤) سليم رستم باز، شرح المجلة ، الطبعة الثالثة ، ص ٩-١٥ : "صورة التقرير المقدم لعالي باشا الصدر الأعظم " . صبحي محمصاني ، الأوضاع التشريعية في الدول العربية ، بيروت : =

جودت باشا ناظراً للعدلية في الدولة العثمانية - بناء على اقتراح شيخ الإسلام - وكان جودت باشا - إلى جانب تمسكه بالشريعة الإسلامية - مطلعاً على القوانين الغربية ، ومقتنعاً بضرورة الإصلاح التشريعي ، وهكذا صدرت عدة قوانين جمعت بين الشريعة والعرف المحلي والقانون الفرنسي . وكان أهم هذه التقنينات " مجلة الأحكام العدلية " ، التي أنجزت عام ١٢٩٣ هـ ١٨٧٦ م ، بعد عمل دام أكثر من سبع سنوات ، تم خلالها تقنين أحكام المعاملات المدنية من الفقه الحنفي ، عارياً من الاختلافات ، حاوياً للأقوال الصحيحة ، مع اعتبار تبدل المسائل المبنية على العرف والعادة .

والمجلة : أول تقنين رسمي في الفقه الإسلامي يصاغ على غرار القوانين الحديثة ، من حيث الترتيب والترقيم وطريقة التعبير الآمر والاقتصار على قول مختار للعمل به بناء على أنه : " إذا أمر إمام المسلمين بتخصيص العمل بقول من المسائل المجتهد فيها تعين ووجب العمل بقوله ". وقد جمعت المجلة بين الموضوعات المتناسبة ، وميزت في مسائلها بين الأصول والفروع ، وأحسنت ترتيب الأحكام والشروط . غير أن اكتفاء المجلة بالفقه الحنفي جعلها قاصرة عن مواجهة مستجدات العصر ، فلم يمض زمن طويل على صدورها حتى دخلها التعديل والتبديل ، وعلى الأخص : بطلان العقود وفسادها والشروط المفسدة ، التي جرى تعديلها بمقتضى المادة ٦٤ من قانون أصول المحاكمات .

٤٢ - **مجلة الالتزامات والعقود التونسية** : في ظل الاستعمار الفرنسي لتونس تم تقنين أحكام الالتزامات والعقود سنة ١٩٠٦ م ، عن مشروع وضعه المستشرق الإيطالي " D.SANTILLANA ضمنه كثيراً من أحكام المذهب المالكي وبعض الأحكام

=١٩٥٧، ص ١٦٩ . محمد عبد الجواد ، تشريعات البلاد العربية ، الخرطوم : ١٩٦٦ ، ص ٢٨ . مصطفى أحمد الزرقاء ، المقال السابق الإشارة إليه ، ص ٢٣ - ٢٦ .

الفقهية المأخوذة عن مذاهب أهل السنة الأخرى ، نقلاً عن كتابة " نظام القانون الإسلامي المالكي مقارناً بالمذهب الشافعي " الذي حرره باللغة الإيطالية ، ونشر فيما بعد بروما سنة ١٩٢٦ .[١٦٥]

٤٣ - محاولة الملك عبد العزيز آل سعود:[١٦٦] في مقالين لصحيفة" أم القرى[١٦٧].

يحمل الأول منهما بشرى إلى العالم أجمع : " أن جلالة الملك - حفظه الله - يفكر في وضع مجلة الأحكام الشرعية ، يعهد إلى لجنة من خيار علماء المسلمين الاختصاصيين استنباطها من كتب المذاهب الأربعة المعتبرة . وهذه المجلة ستكون مشابهة لمجلة الأحكام التي كانت الحكومة العثمانية وضعتها عام ١٢٩٣هـ ،ولكنها تختلف عنها بأمور،أهمها : عدم التقيد حين الاستنباط بمذهب دون آخر ، بل تأخذما تراه في صالح المسلمين ، من أقوى المذاهب حجة ودليلاً من الكتاب والسنة ". وفي المقال الثاني نقرأ : " إن لهذه المجلة المزمع على إنشائها فوائد عظيمة جداً : (منها) أنها تبين أن الإسلام دين السماحة والتيسير .. توافق أحكامه مصالح البشر في كل زمان ومكان .. (ومنها) أن اعتماد ما كان أقرب دليلاً وأقوم قيلاً، وأكثر ملاءمة لحاجة العصر وطبيعة الأمة ، من مذاهب الأئمة يتبين به سعة الفقه الإسلامي .. (ومنها)أنه إذا تعاون على تحرير هذه المجلة لجنة مؤلفة من أكبر

----

(١٦٥) D. Santillana . Istituzioni di diritto musulmano Malichita con riguardo anche al sistema Sciafiita. Roma : 1926 .

(١٦٦) محمد عبد الجواد ، التطور التشريعي في المملكة العربية السعودية ، الاسكندرية : ١٣٩٧ هـ ١٩٧٧ ، ص ٨١/٨٠ .

(١٦٧) نشر الأول بتاريخ ٢٨ صفر ١٣٤٦ هـ ٢٦ أغسطس ١٩٢٧م ، بعنوان " مجلة الأحكام الشرعية "، ونشر الثاني بتاريخ ٦ربيع الأول ١٣٤٦هـ،بعنوان "حول مجلة الأحكام الشرعية "، توقيع(أبو اليسار).

علماء العصر ، المتضلعين من مورد الكتاب والسنة ، العارفين بمذاهب الأئمة ، الواقفين على حاجة العصروأسباب الرقي والتقدم ، الدارسين لقوانين الدول وحقوق الأمم ، الممارسين للشئون القضائية والإدارية ، فلا شك أن عملهم هذا سيكون من أكبر مزايا هذا العصر وأفضل مآثر الإمام التي قدمها للعرب والإسلام " .

غير أن هذا المشروع الإصلاحي الجريء لم يكتب له النجاح ، بسبب التعصب المذهبي من جهة ، ومعاداة فكرة التقنين من جهة أخرى [(١٦٨)]. لذا صدر قرار الهيئة القضائية، عدد ٣ ، الصادر في ٧ من المحرم ١٣٤٧ هـ ، والمقترن بالتصديق العالي في ٢٤ من ربيع الأول ١٣٤٧ هـ ، ينص على ما يلي : [(١٦٩)]

أ- يكون مجرى القضاء في جميع المحاكم منطبقاً على المفتى به من مذهب الإمام أحمد بن حنبل .

ب- إذا صار جريان المحاكم الشرعية على التطبيق على المفتى به من المذهب المذكور، ووجد القضاء في تطبيقه على مسألة من مسائله مشقة ومخالفة لمصلحة العموم،يجري النظر والبحث فيها من باقي المذاهب بما تقتضيه المصلحة.

جـ- يكون اعتماد المحاكم في سيرها على مذهب الإمام أحمد على الكتب الآتية:

١-شرح المنتهى ،٢ - **شرح الإقناع** ، فما اتفق فيه كلاهما فهو المتبع ، وما اختلفا فيه فالعمل بما في المنتهى . وإذا لم يكن بالمحكمة الشرحان

---

(١٦٨) محمد بن إبراهيم آل الشيخ ، تحكيم القوانين ، الرياض : ١٤١١ هـ .

(١٦٩) معهد الإدارة العامة بالرياض ، مجموعة النظم ، قسم القضاء الشرعي من سنة ١٣٤٥ إلى سنة ١٣٥٧ هـ ، على الآلة الكاتبة ، ص ١١ .

المذكوران يكون الحكم بما في شرحى الزاد أو الدليل ، إلى أن يحصل بها الشرحان . وإذا لم يجد القاضي نص القضية في الشروح المذكورة طلب نصها في كتب المذهب المذكور التي هي أبسط منها وقضي بالراجح .

٤٤ - تقنين الفقه في القرن العشرين : شهد هذا القرن نمواً ملحوظاً في تقنين بعض الأحكام الفقهية ، فأصدرت الدولة العثمانية " قانون حقوق العائلة " سنة١٩١٧، الذي لم تقتصر أحكامه على المذهب الحنفي ، بل أخذ في كثير من المسائل بفقه المذاهب الأخرى . ومنذ عام ١٩٢٠ إلى عام ١٩٢٩ صدرت في مصر قوانين تنظم أحكام الزواج والطلاق ، وفي عام ١٩٤٣ أصدر قانون المواريث ، وفي عام ١٩٤٦ صدر قانون ينظم أحكام الوقف وقانون آخر ينظم أحكام الوصية . وفي سوريا صدر قانون الأحوال الشخصية في سنة ١٩٥٣: وفي المغرب صدرت مدونة الأحوال الشخصية في سنة ١٩٥٧ . وفي تونس سنة ١٩٥٨ ، أعد قانون يشتمل على أحكام الهبة والزواج والطلاق والميراث والوصية . وفي عام ١٩٥٩ صدر بالعراق قانون للأحوال الشخصية تم تعديله في عام ١٩٦٣ ثم في عام ١٩٧٨. أما قانون الأحوال الشخصية الأردني فقد صدر في سنة ١٩٧٦ . كما صدر قانون الأحوال الشخصية الكويتي عام ١٩٨٤ .

أما في غير الأحوال الشخصية : فيحظى القانون المدني بأكبر نصيب من أحكام الفقه الإسلامي ، إذ نجد هذا القانون يستمد أكثر نصوصه مما جاء في الكتب الفقهية ، كما هو الحال في قانون المعاملات المدنية السوداني ، والقانون المدني الأردني ، وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة . أو يتوافق مع أحكام الفقه الإسلامي ، فلا يأتي بنص يخالف حكماً مجمعاً عليه في الشرع ، كما هو موقف القانون المدني الكويتي. أو يقنن بعض أحكام الفقه في إطار قانوني يستمد معظم أحكامه من الفكر الغربي ، كما هو الأمر في القانون المدني

المصري والسوري والليبي والعراقي والمغربي والجزائري .

وفي مجال العقوبات الشرعية : لا نكاد نجد إلا قانون العقوبات السوداني وتشريعات الحدود الليبية ، والمادة الأولى من قانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة .

وفيما عدا ذلك من القوانين المطبقة في العالم العربي ، لا نجد أكثر من ظلال باهتة لأحكام الفقه الإسلامي ، تتلمس طريقها على وجل واستحياء ، وسط الركام الكثيف من الأحكام الغربية .

المبحث الثاني
محاولات التقنين غير الرسمية

٤٥ - روى أبو داود والترمذي :أن النبي صلى الله عليه وسلم حين أراد أن يبعث معاذاً إلى اليمن قال له : " كيف تقضي إذا عرض لك قضاء ؟ ، قال : أقضي بكتاب الله . قال " فإن لم تجد في كتاب الله ؟ " ، قال : فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال : " فإن لم تجد في سنة رسول الله ولا في كتاب الله ؟"،قال : أجتهد برأيي ولا آلو . فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره ، وقال : " الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله " [(١٧٠)]. واستناداً إلى هذا الحديث : ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يشترط لصحة تولية القاضي أن يكون من أهل الاجتهاد في الدين ، بأن يجمع العلم بأصول الأحكام في الشرع ، وهي

---

(١٧٠) الخطابي ، معالم السنن، بيروت :١٤١١ هـ ١٩٩١ ، جـ ٤ ص ١٥٣ . وفي إسناد هذا الحديث مقال ، ولكن له شواهد موقوفة عن عمر بن الخطاب وابن مسعود وزيد بن ثابت وابن عباس، أخرجها البيهقي في سننه عقب تخريجه لهذا الحديث ، تقوية له .

أربعـة : ١ - العلم بكتـاب الله على الوجـه الذي تصح بـه مـعـرفـة مـا تضـمنـه من الأحكام . ٢ - العلم بسنة رسول الله وطرق مجيئها . ٣ - العلم بتأويل السلف ، ليتبع الإجماع ويجتهد عند الاختلاف . ٤ - العلم بالقياس الموجب لرد الفروع المسكوت عنها إلى الأصول المنطوق بها والمجمع عليها . " فإذا أحاط علمه بهذه الأصول الأربع في أحكام الشريعة ، صار بها من أهل الاجتهاد في الدين ، وجاز له أن يفتي ويقضي ، وجاز له أن يستفتى ويستقضي ، وإن أخل بها أو بشيء منها خرج عن أن يكون من أهل الاجتهاد ، فلم يجز له أن يفتي ولا أن يقضي، فإن قلد القضاء فحكم بالصواب أو الخطأ كان تقليده باطلاً ، وحكمه - وإن وافق الحق والصواب - مردوداً " (١٧١) .

٤٦- فمهمة القاضي في الإسلام لا تقتصر - إذن - على مجرد تطبيق القانون ، بل هو ملزم باستنباط الأحكام من مصادرها ، دون أن تصل حريته في الاجتهاد إلى درجة وضع القواعد الشرعية ، التي ينفرد بها أهل الحل والعقد . ومنذ الصدر الأول " كان القضاء ملازماً للإفتاء ، ورجال القضاء على اتصال برجال التشريع ، والأحكام تصدر عن شوراهم " (١٧٢) ، وكان يجلس مع القاضي جماعة من أهل الفقه يشاورهم ويستعين برأيهم ، ولا ينبغي أن يشاورهم بحضرة الناس ، لأن ذلك يذهب بمهابة المجلس ، والناس يتهمونه بالجهل ، ولكن يقيم الناس عن المجلس ثم يشاورهم (١٧٣) . وكانت ثقة الجمهور بهؤلاء القضاة عظيمة ، إلى أن تبدل الحال نتيجة لظهور أئمة المذاهب ، وتدوين اجتهاداتهم ، وانتشار الجدل والاختلاف بين

---

(١٧١) الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص ٦٦. أبو يعلى ، الأحكام السلطانية ، ص ٦٢/٦١ ، الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، القاهرة : ١٣٥٧ هـ ، جـ ٨ ص ٢٢٦ .

(١٧٢) عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ٤٩/ ٥٠ .

(١٧٣) الكاساني ، بدائع الصنائع ، مصر : ١٣٢٨ هـ - ١٩١٠ ، جـ ٧ ص ١٢/١١ .

أتباع هؤلاء الأئمة ، وقد يمتد هذا الجدل إلى الطعن في الأحكام التي يصدرها بعض القضاة ونسبتها إلى الخطأ (١٧٤) .ويبدو أن بعض القضاة لم يحافظ على هذه الشقة، مما سوغ للناس أن يطالبوا بإلزام القضاة التقيد بأحكام معروفة تمنعهم من اتباع الهوى أو محاباة ذوي النفوذ (١٧٥) ، وظهر الميل إلى أن يكون القاضي ذا مذهب معروف مدون ، يتبعه في قضائه ولا يحيد عنه (١٧٦) . وهكذا صار أولياء الأمور يلزمون القضاة بأن يحكموا بمذهب معين لا يعدونه ، فقد كان ولاة قرطبة إذا ولوا رجلا القضاء شرطوا عليه في سجله الا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجده ، ونحو ذلك ورد عن سحنون : وذلك أنه ولى رجلا القضاء - وكان الرجل ممن سمع بعض كلام أهل العراق - فشرط عليه ألا يقضي إلا بقول أهل المدينة ولا يتعدى ذلك (١٧٧) ، وجاء في خطط المقريزي :أن إسماعيل بن اليسع الكوفي عين قاضيا بمصر ، وكان يذهب إلى قول أبى حنيفة في إبطال الأحباس ، فثقل أمره على أهل مصر وسئموه ، فكتب الليث بن سعد إلى الخليفة : يا أمير المؤمنين ، إنك وليتنا رجلا يكيد سنة رسول الله بين أظهرنا ،مع أننا ما علمنا عليه في الدينار والدرهم إلاخيراً، فكتب بعزله (١٧٨) .

٤٧ - **تقنين الاحكام في المتون** : ترتب على إلزام القضاة - صراحة أو ضمناً - أن يحكموا بمذهب معين له مدونات معروفة ، تصدى بعض الفقهاء ، ومنهم من تولى

---

(١٧٤)محمد الخضري ، نفس المرجع ، ص ٢٨٢ .

(١٧٥) ولي الله الدهلوي ، المرجع السابق ، ص ٩٣/٩٤ .

(١٧٦) محمد الخضري ، نفس المرجع السابق ، ص ٩٥ .(١٧٦) محمد الخضري ، نفس المرجع السابق ، ص ٩٥ .

(١٧٧) محمود عرنوس ، المرجع السابق ، ص ٢٨٢ .

(١٧٨)محمود عرنوس ، نفس المرجع ، ص ٤٥ . وانظر في حكم التزام القاضي مذهبا بعينه : الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص ٦٧/٦٨ .

القضاء ، لاختصار كتب المذهب في متون تميزت بالدقة والعمق مع بيان الرأي الراجح أو القول المفتى به أو ما عليه العمل في المذهب :

١- ففي المذهب الحنفي : قام محمد بن أحمد المروزي ، الشهير بالحاكم الشهيد (المتوفي سنة ٣٣٤ هـ)، باختصار الكتب الستة لمحمد بن الحسن، في كتاب جامع أسماه " الكافي "، وهو كتاب معتمد في نقل المذهب، شرحه جماعة منهم" السرخسي"(المتوفي سنة٤٩٠هـ) في" المبسوط"[١٧٩] .

٢- وفي المذهب المالكي : نجد " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " لابن رشد الحفيد (المتوفي سنة ٥٩٥ هـ)، الذي تولى قضاء " إشبيلية " سنة ٥٦٥هـ ، ثم قضاء " قرطبة " من سنة ٥٦٧ هـ إلى سنة ٥٧٨ هـ ، ثم قاضي قضاتها بعد ذلك .

وقد عرض ابن رشد في هذا الكتاب أحكام المذهب وأدلتها مقارنة بأحكام المذاهب الأخرى ، وكتب في مقدمته : " فإن غرضي في هذا الكتاب : أن أثبت فيه لنفسي على جهة التذكرة من مسائل الأحكام المتفق عليها والمختلف فيها بأدلتها، والتنبيه على نكت الخلاف فيها ،ما يجري مجرى الأصول والقواعد لما عسى أن يرد على المجتهد من المسائل المسكوت عنها في الشرع ...الخ " [١٨٠].

٣-وفي مذهب الشافعي : قام المزني (المتوفي سنة ٢٦٤) باختصار جملة مؤلفات الإمام الشافعي والإملاءات التي شارك في سماعها أو انفرد بها في كتاب أسماه " المختصر " ، يعتبر أصل الكتب المصنفة في المذهب ،

---

(١٧٩) طبع المبسوط بمطبعة السعادة - مصر : ١٣٢٤ - ١٣٣١ هـ ، في ثلاثين جزءاً .

(١٨٠) ابن رشد ، بداية المجتهد ، الطبعة الخامسة ، القاهرة : ١٤٠١ هـ-١٩٨١ ، ص ٢ .

وتلقاه العلما بالقبول ، فتصدوا لشرحه أو اختصاره ، حتى بلغ عدد ما ألف في ذلك أكثر من عشرين مصنفا [١٨١] .

٤- وفي مذهب ابن حنبل : اشتهر مختصر أبى القاسم الخرقي (المتوفى سنة ٣٣٤ هـ) ، الذي شرحه موفق الدين ابن قدامة (المتوفى سنة ٦٢٠ هـ) في كتابه الموسوعي الشهير " المغني " [١٨٢] .

٥ – وعند الزيدية : نسب إلى الإمام زيد بن على (المتوفي سنة ١٢٢ هـ) " كتاب المجموع في الفقه "، وقد تلقى أهل البيت المجموع الفقهي بالقبول ، وشرحه في " الروض النضير "شرف الدين الحسين (المتوفى سنة ١٢٢١هـ) [١٨٣] ، واهتم بطبع المجموع ودراسته وترجمته عدد من المستشرقين.

٤٨- ولقد سبقنا في اعتبار هذه المتون " تقنينات " لأحكام الفقه عدد من المستشرقين ، اكتشفوا في هذه الكتب مستوى رفيعاً من فن الصياغة القانونية، فجاءت ترجمتهم لأسمائها تعبيرا واضحاً عن هذا الشعور ، من ذلك على سبيل المثال :

١- مختصر خليل : (Code musulman) [١٨٤].

٢- مجموع الإمام زيد:(Recueil de la loi musulmane) [١٨٥].

---

(١٨١) أبو منصور الأزهري ، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي ، بتحقيق محمد الألفي ، الكويت : ١٣٩٩ هـ ، ١٩٧٩ ، ص ١٥ .

(١٨٢) طبع عدة طبعات ، أكثرها تداولاً : الطبعة التي جمعت بين المغنى ، والشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة على متن المقنع .

(١٨٣) مطبعة السعادة – مصر : ١٣٤٨ هـ .

(١٨٤) Traduit par : Seignette , Paris 1911

(١٨٥) Traduit par : G . H . Bousquet et j . Berque , Alger 1941

٣-شرائع الإسلام للحلي :

(Recueil de lois concernant les musulmans schyite[١٨٦])

٤٩ - كتب القواعد: القاعدة الفقهية :أصل فقهي كلي يتضمن أحكاما تشريعية عامة من أبواب متعددة في القضايا التي تدخل تحت موضوعه [١٨٧]. وقد نوه بأهمية القواعد الفقهية عدد كبير من الفقهاء ، لأنها " مشتملة على أسرار الشرع وحِكَمِه " [١٨٨]، ولذا فإن " للشريعة قواعد كثيرة جدا عند أئمة الفتوى والقضاء " [١٨٩]، بدأت في عصر الرسالة بأحاديث جامعة، مثل قوله صلى الله عليه وسلم : " الخراج بالضمان " و " لا ضرر ولا ضرار " و " البينة على المدعى واليمين على من أنكر "، ثم تتابع الصحابة والتابعون وأئمة الفقه في صياغة قواعد كلية، يمكن اعتبار كل قاعدة منها مادة قانونية. وقد قام بعض الفقهاء - في مختلف المذاهب - بجمع القواعد الفقهية من بطون الكتب ، وتدوينها في مؤلفات خاصة ، بعد ترتيبها حسب أبواب الفقه . ولما وضعت مجلة الأحكام العدلية ، قررت لجنة المجلة تخصيص المواد من ٢ إلى ١٠٠ لقواعد فقهية مختارة من كتب القواعد في المذهب الحنفي ، وانتقل بعض هذه القواعد من المجلة إلى التقنينات المستمدة من الفقه الإسلامي كالقانون المدني العراقي ، والقانون المدني الأردني ، وقانون المعاملات المدنية السوداني ، وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة .

---

(١٨٦) Traduit par : A. Querry . 1871 . .Paris

(١٨٧) على أحمد الندوي ، القواعد الفقهية ، دار القلم : ١٤١٢ هـ ١٩٩١ ، ص ٤٥ .

(١٨٨) القرافي ، الفروق ، جـ ١ ص ٣ .

(١٨٩) القرافي ، نفس المرجع ، جـ ٢ ص ١١٠ .

٥٠ - محاولات قدري باشا : لم تطبق مصر مجلة الأحكام العدلية ، وذلك لإظهار استقلالها التشريعي عن الدولة العثمانية، ولهذا فوضت الحكومة المصرية إلى " محمد قدري باشا " تدوين الأحكام الشرعية على المذهب الحنفي، فقام بوضع ثلاثة مشاريع قوانين :

الأول :في المعاملات المدنية بعنوان " كتاب مرشد الحيران إلى معرفة حقوق الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة النعمان ملائما لعرف الديار المصرية وسائر الأمم الإسلامية " ، يتضمن ١٠٤٥ مادة ، وقد قام بشرحه : محمد زيد الإبياني ومحمد سلامة ، ولكن لم يظهر منه إلا الجزء الأول في سنة ١٩٠٨ [(١٩٠)] .

الثاني : " كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبى حنيفة النعمان " ، وقد قام بشرحه : محمد زيد الإبياني في ثلاثة مجلدات ، وقفت على الطبعة الرابعة منه التي صدرت في سنة ١٩٢٤. وعلى الرغم من أن هذا المشروع لم يعتمد رسميا، إلا أنه كان مرجع القضاة في المحاكم الشرعية بمصر وغيرها من البلاد الإسلامية .

الثالث : " قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف :" وهو نموذج طيب يجمع أحكام الأوقاف على مذهب أبى حنيفة ، ولكنه يؤدي في بعض المسائل إلى الحرج والإخلال بالمصلحة والبعد عن مسايرة الحياة الحديثة .

٥١ - مجلة الأحكام الشرعية : في حوالي سنة ١٣٥٠ هـ ، وضع القاضي أحمد ابن عبدالله القاري (ولد بمكة المكرمة سنة ١٣٠٩ هـ وتوفى سنة١٣٥٩ هـ) مجلة

---

(١٩٠) قامت وزارة المعارف المصرية بطبع مرشد الحيران في سنة ١٣٠٩ هـ ١٨٩٠ ، وظهرت الطبعة الثانية في سنة ١٨٩١ . ومواد مكملة طبعت في سنة ١٩٠٩ ، والطبعة الثالثة سنة ١٩٠٩ . وطبعته في سنة ١٣٣٨ هـ : المكتبة المصرية بالعشماوي ، مذيلا بجملة شروح لطائفة من علماء الأزهر .

الأحكام الشرعية ، مستمداً موادها من " شرح منتهى الإرادات " و "كشاف القناع" اللذين اعتمدتهما الهيئة القضائية في سنة ١٣٤٧هـ من بين كتب المذهب الحنبلي. وقد صاغ القاري هذه المجلة على غرار مجلة الأحكام العدلية -المستمدة من الفقه الحنفي- والتي كان يقوم بتطبيقها في الحجاز إبان العهد الهاشمي، عندما كان أمين الفتوى بمكة المكرمة عام ١٣٣٦ هـ، و عضوا بهيئة التدقيقات الشرعية سنة ١٣٣٩ هـ (١٩١) . ولما كان الرأي العام الفقهي يعارض فكرة تقنين الأحكام ، فقد ظلت مجلة الأحكام الشرعية في طي النسيان قرابة نصف قرن ، إلى أن حققها ونشرها في سنة ١٤٠١ هـ الموافق ١٩٨١ م : الدكتور عبدالوهاب إبراهيم أبوسليمان ، والدكتور محمد إبراهيم أحمد علي .

٥٢ - ملخص الأحكام الشرعية : في ليبيا قام الشيخ محمد محمد عامر بوضع قواعد فقه المذهب المالكي في المعاملات المدنية في صورة مواد قانونية تحت عنوان : " ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب مالك " (١٩٢) .
ويمكن الاستفادة من هذا الملخص عند وضع القانون المدني الليبي الجديد الذي شرعت لجان خاصة في إعداده ، ليكون استمداده من الفقه الإسلامي (١٩٣) .

٥٣ - محاولات الهيئات والمنظمات : تقوم بعض الهيئات العلمية والفنية بمحاولات جادة لتقنين أحكام الفقه الإسلامي ، وكذلك تفعل بعض المنظمات الإقليمية ، من ذلك على سبيل المثال :

---

(١٩١) أحمد بن عبدالله القاري ، مجلة الأحكام الشرعية ، دراسة وتحقيق :عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان ومحمد إبراهيم أحمد علي،مطبوعات تهامة ، جدة : ١٤٠١ هـ ١٩٨١، ص ٣١ ، ٦٤، ٦٧ .

(١٩٢) محمد عبد الجواد ، المرجع السابق ، ص ٢١٥ .

(١٩٣) وهبة الزحيلي ، المرجع المتقدم ، ص ٣٣ .

١ - **مجمع البحوث الإسلامية** : أصدر مجمع البحوث الإسلامية في مصر مشروعاً متكاملاً لتقنين أحكام المعاملات في ستة عشر جزءاً، لكل مذهب من المذاهب الأربعة أربعة أجزاء ، وقد قرنت كل مادة من مواد المشروع بتذييل توضيحي يبين المراد منها (١٩٤).

٢ - **مجلس الشعب المصري** : قام مجلس الشعب المصري بوضع مشاريع قوانين مدنية وجزائية مستمدة من الشريعة الإسلامية ، بدون التزام مذهب فقهي معين ، بل تأخذ أحكامها من فقه المذاهب الإسلامية - السنية والشيعية - بما يلائم ظروف العصر (١٩٥).

٣ - **جامعة الدول العربية** : بدأت لجان منبثقة من قرارات وزراء العدل العرب - منذ عام ١٩٨٠ - بوضع قانون المعاملات المالية الموحد ، تأسيساً على أصول الشريعة وفقهها ، دون التقيد بمذهب معين ، واتخاذ نصوص مواد القانون المدني الأردني منطلقاً لهذا العمل ، وقد تم في تونس إنجاز الباب التمهيدي ونظرية الالتزامات ، وبدأ العمل في العقود المسماة (١٩٦) .
كما تم - في اليمن - إعداد مشروع قانون جزائي موحد له استمداد من الشريعة الإسلامية . أما مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد فقد تم إنجازه وإقراره في الكويت .

---

(١٩٤) وهبة الزحيلي ، نفس المرجع ، ص ٣٢ .
(١٩٥) وهبة الزحيلي ، نفس الموضع المتقدم .
(١٩٦) مصطفى أحمد الزرقاء ، الفعل الضار والضمان فيه ، دار القلم : ١٤٠٩ هـ ١٩٨٨ ، ص ٦-٩ .

٤ - مجلس التعاون لدول الخليج العربية : انعقد المؤتمر الأول لوزراء العدل والشئون الإسلامية بدول مجلس التعاون في الرياض ، يوم الأحد ٢٥ صفر ١٤٠٣ هـ الموافق ١٢ ديسمبر١٩٨٢م، للنظر في توحيد تشريعات دول المجلس . وكان من أهم القرارات التي توصل إليها المؤتمر أن تكون الشريعة الإسلامية وحدها مصدر التشريع بما لا ينفي الاستفادة من مختلف الآراء والتجارب ، طالما أنها لا تتعارض مع الشريعة .

وقد وافق هذا المؤتمر على تشكيل لجنة من المختصين في الدول الأعضاء لدراسة إمكانية تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في القانون المدني ، والقانون التجاري ، وقانون الأحوال الشخصية ، والقوانين الجنائية ، وفي مجال توحيد الإجراءات أمام المحاكم [١٩٧] .

الفصل الثالث

المنهج العلمي والعملي لتقنين أحكام الفقه الإسلامي

٥٤- نحاول في هذا الفصل اقتراح منهج إجرائي وموضوعي لتقنين الأحكام الفقهية ، يبدأ بتحديد مصادر الأحكام المراد تقنينها ، ثم رسم منهج إجرائي يشمل الهيئات التي يمكن أن تسهم في عملية التقنين ، وأخيراً نضع تصوراً لمنهج موضوعي تنفيذي .

أولاً - مصادر الأحكام محل التقنين:

٥٥- يمكن -في هذا الصدد- أن نميز بين مجموعات ثلاث من مصادر الأحكام :

(١٩٧ صحيفة القبس ، الكويت : ١٩٨٢/١٢/٢١

تتضمن المجموعة الأولى مصادر الأحكام الشرعية ، وهي ملزمة شرعاً ، إذ أنه "لا اجتهاد مع النص " . وتتضمن المجموعة الثانية مصادر الأحكام الفقهية ، وما يرد بها من أحكام اجتهادية مختلف عليها لا يصير ملزماً قانوناً إلا إذا صدر به تشريع رسمي .أما المجموعة الثالثة فتتضمن تصورنا لمصادر الأحكام المستجدة التي لم يتناولها حكم شرعي ولا اجتهاد فقهي سابق .

٥٦ - مصادر الأحكام الشرعية :

أ - القرآن الكريم ، وكتب التفسير المعتمدة ، وخاصة ما يتعلق منها بتفسير آيات الأحكام .

ب-السنة النبوية ، وشروحها المعتبرة ، وخاصة ما يتعلق منها بشرح أحاديث الأحكام ، رواية ودراية .

جـ - ما ثبت من الإجماع بشروطه المتفق عليها .

٥٧ - مصادر الأحكام الفقهية :

أ - كتب أصول الفقه التي وضعت على طريقة المتكلمين وعلى طريقة الحنفية وتلك التي جمعت بين المنهجين .

ب- كتب الفقه التي دونها فقهاء المذاهب الإسلامية .

جـ -كتب القواعد الفقهية التي جمعها الفقهاء على اختلاف مذاهبهم .

د-مجموعات الفتاوي والأحكام .

هـ -المؤلفات الفقهية المتخصصة ، مثل : كتب الخراج والأحكام السلطانية وآداب القضاء والسياسة الشرعية والحيل والمخارج .

و-آراء وأقوال الصحابة والتابعين والمجتهدين من غير أصحاب المذاهب المعروفة، ويمكن استخراجها من كتب الاختلاف والتاريخ والطبقات والفقه المقارن وغيرها .

٥٨ - مصادر الأحكام المستجدة:

أ- الأعراف المستقرة، والعادات المرعية، إذا لم تخالف حكماً شرعياً ثابتاً.

ب - الاجتهاد الجماعي ، وله صورتان :

١- اجتماع الفقهاء المعاصرين على حكم مستنبط من مصادر الأحكام الفقيهة ، أو مخرّج على أصل من أصولها ، أو مركب من أقوال وآراء أئمة المسلمين .

٢-اجتماع الفقهاء وذوي الاختصاص في مشكلات المجتمع المعاصر على حكم جديد مستلهم من مقاصد الشرع الإسلامي .

جـ - المبادىء القانونية التي صدرت عن القضاء ، ولا تتعارض مع حكم شرعي ثابت .

د-الأفكار القانونية المعاصرة ، المنبثقة عن التجارب الإنسانية ، والتي لا تخالف أصلاً من أصول الإسلام ، أو حكماً من أحكامه الأساسية الثابتة .

ثانياً - المنهج الإجرائي:

٥٩-يتمثل هذا المنهج في إنشاء ثلاثة أجهزة متخصصة: مجمع البحوث الفقهية، وجهاز الفتوى والتشريع ، ومعهد التشريع المقارن .

٦٠ - مجمع البحوث الفقهية:

الحاجة إلى إنشاء مجمع علمي للبحوث الفقهية والتشريعية ، لمسها ودعا إليها كثير من المفكرين المسلمين ، واثيرت في المؤتمرات والندوات التي أقيمت لبحث إمكانية تقنين أحكام الفقه الإسلامي .

١-فقد دعا إليها المفكر الكبير " أبو الأعلى المودودي " في محاضرة ألقاها

بتاريخ ١٩٤٨/٢/١٩ في كلية الحقوق بلاهور [١٩٨] .

٢-كما دعا إليها الفيلسوف الفقيه " محمد يوسف موسى " في كتاب ظهرت طبعته الأولى في سنة ١٩٥٩ [١٩٩] .

٣-ونادى المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية ، الذي انعقد في القاهرة سنة ١٣٨٣ هـ ، بفكرة " الاجتهاد الجماعي " لمراعاة المصالح ومواجهة الحوادث المتجددة [٢٠٠] .

٤-وطرح هذه الفكرة في ندوة التشريع الإسلامي التي عقدت في مدينة البيضاء بتاريخ ١٣٩٢ هـ ١٩٧٢ ، المفكر الإسلامي المعاصر " يوسف القرضاوي " [٢٠١] .

٥-وعرض هذه الفكرة " الدكتور محمد فاروق النبْهان " في محاضرتين ألقاهما بمدينة الرباط ، الأولى بتاريخ ١٩٧٣/١٠/٩ ، والأخرى بتاريخ ١٩٧٥/٩/٣٠ [٢٠٢] .

٦-وأشار إليها " الدكتور محمد عبد الجواد " في محاضرات ألقاها على طلبة المعهد العالي للقضاء بالرياض سنة ١٣٩٧ هـ ١٩٧٧م [٢٠٣] .

---

(١٩٨) أبوالأعلى المودودي، نظرية الإسلام وهديه في السياسة والقانون والدستور، بيروت : ١٣٨٩هـ ١٩٦٩م، ص٢٠٥.

(١٩٩) محمد يوسف موسى،الإسلام وحاجة الإنسانية إليه،الطبعة الثالثة،الكويت١٣٩٨هـ، ص٢٣٨.

(٢٠٠) مجمع البحوث الإسلامية ، كتاب المؤتمر الأول ، القاهرة ١٣٨٣ هـ ص ٣٩٤ .

(٢٠١) يوسف القرضاوي ، شريعة الإسلام ، خلودها وصلاحها للتطبيق في كل زمان ومكان ، الطبعة الثانية ، بيروت ١٣٩٧ هـ ، ص ١٥٧ .

(٢٠٢) محمد فاروق النبهان ، مستقبل التقنين من الفقه الإسلامي ، مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية العدد الرابع ، السنة الأولى ، أكتوبر ١٩٧٥ ، ص ٢٤ مع هامش ١٣ .

(٢٠٣) محمد عبد الجواد، التطور التشريعي في المملكة العربية السعودية، القاهرة ١٩٧٧، ص٢٢٥ .

يتكون مجمع البحوث الفقهية المقترح من كبار المتخصصين في الفقه الإسلامي على مختلف المذاهب، لتحديد منطقة الأحكام الشرعية، ومنطقة الأحكام الفقهية الاجتهادية، ومنطقة الأحكام المستجدة . وذلك للعمل وفقاً للمنهج الموضوعي الذي سوف نعرض له بعد قليل .

ولن يكون تشكيل هذا المجمع في الوقت الراهن بالأمر العسير ، ففي كل دولة أجهزة علمية وفنية تتبع المعاهد والكليات الشرعية أو الوزارات المختصة بالشئون الإسلامية، أثبتت جدارة وتفوقاً وإخلاصاً في مجالات البحوث الفقهية وما يلزمها من نشر التراث الفقهي ، وإعداد المعاجم والفهارس لأمهات كتب الفقه والأصول . ويمكن الإشارة في هذا الصدد إلى" الموسوعة الفقهية " التي تصدر في الكويت ، " وموسوعة الحديث " التي تصدر في قطر ، و " موسوعة الحديث النبوي " التي تصدر في المملكة العربية السعودية ، والمراجع الفقهية الهامة التي تصدرها وزارة التراث القومي بسلطنة عمان ، وغيرها .

٦١ - جهاز الفتوى والتشريع :

يتكون جهاز الفتوى والتشريع من كبار المختصين في مجال القضاء والقانون، تسند إليه مهمة إعداد موسوعة قانونية تتضمن جميع التشريعات التي صدرت ، وموسوعة قضائية تتضمن المبادىء القانونية التي استقر عليها القضاء ، وموسوعة العادات والتقاليد التي تسود العشائر ، والأعراف المستقرة . ويدخل في اختصاص هذا الجهاز رسم الإطار الخارجي وتحديد عناصر مشروعات القوانين التي يعهد بها إليه ، تمهيداً لعرضها على مجمع البحوث الفقهية ، يملأ فراغاتها بالأحكام الشرعية أو الفقهية الاجتهادية أو المستجدة ، ثم يتولى جهاز الفتوى والتشريع بعد ذلك مهمة الصياغة الفنية وإخراج القوانين في صورة حديثة متطورة ، كما يعمل على توحيد تفسير وتطبيق هذه القوانين .

وإنشاء جهاز الفتوى والتشريع لا يتطلب جهداً كبيراً ، ففي جميع دول المنطقة

إدارات للتشريع ، تتبع مجلس الوزراء أو وزارة العدل وتضم عدداً من أهل الخبرة والكفاية والاختصاص ، وقد صدرت عن هذه الإدارات أعمال قيمة تتعلق بالتشريع، من مجموعات قانونية إلى فتاوي تشريعية إلى بحوث وتعليقات . كما توجد موسوعة شاملة للتشريعات التي صدرت ، تتسم بحسن التنسيق ودقة العرض . كذلك توجد عدة مجموعات تتضمن أهم الأحكام التي أصدرها القضاء في كثير من دول المنطقة .

٦٢ - معهد التشريع المقارن:

من المعلوم والمشاهد أن دول المنطقة تطبق نظاماً مزدوجاً في تدريس وتطبيق التشريع [(٢٠٤)] . فتقوم كليات الشريعة بتدريس الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة باتباع نفس المنهاج الذي جرى عليه العلماء منذ قرون ، وقد تتضمن مناهجها بعض المقررات القانونية التي تدرس في صورة هزيلة وبغير كبير اهتمام . وتقوم كليات الحقوق أو القانون أو النظم والإدارة بتدريس الفكر القانوني الغربي ، والنظم أو القوانين الوضعية المطبقة في البلاد ، وبعض مقررات الشريعة الإسلامية لا سيما ما يتعلق منها بالقوانين المطبقة فعلاً في نطاق الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وميراث ووصية ووقف . أما في مجال التطبيق فهناك محاكم شرعية تختص بتطبيق القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية ، ومحاكم مدنية تطبق القوانين المستمدة أو المستلهمة من الفكر القانوني الغربي .

وتفصل بين هذين الفريقين هوة سحيقة في أسلوب التفكير ومنهاج التطبيق ، وقد تحدث بينهما مصادمات تنتهي باتهام بعض رجال القانون بالمروق من الدين ،نتيجة اتباعهم الأسلوب العلمي الحر ، وتطبيقهم القانون الوضعي ، مع أن هذا

---

(٢٠٤) محمد عبد الجواد ، المرجع السابق ، ص ٥٧ وما بعدها . أبو الأعلى المودودي ، نفس المرجع المشار إليه ، ص ١٣٥ وما بعدها ، وص ١٧٧ ومابعدها، وص ١٩٦ ، وص ٢١٣ - ٢٢٥ .

الأسلوب هو الذي سار عليه أئمة الفقه الإسلامي ، وكثيراً من القوانين الوضعية تجد أصولها في أحكام الشريعة الإسلامية . أو تنتهي هذه المصادمات بالنظر إلى بعض علماء الشريعة نظرات استخفاف وازدراء ، واتهامهم بالرجعية والتخلف وقد يمتد الاستخفاف والازدراء إلى بعض أعلام الفقه أو إلى القواعد الفقهية والأحكام الشرعية ، والتي بهرت أبصار المنصفين من علماء الشرق والغرب ، في كتاباتهم وندواتهم ومؤتمراتهم .

٦٣- ولن تزول هذه الجفوة إلا إذا وقف كل فريق على حقيقة ما عند الفريق الآخر ، متبعاً أسلوب البحث العلمي ، ومنهج الدراسة المقارنة . ومن هنا تبرز أهمية إنشاء معهد للتشريع المقارن ، يتخصص في الدراسات العليا المعمقة والأبحاث المقارنة على مستوى دول المنطقة العربية ، ويمنح إجازة عليا في التشريع ، تؤهل حاملها لتولي المناصب القضائية ، وتعده لأعباء التدريس في كليات الشريعة والحقوق . كما يقوم المعهد بعقد ندوات إقليمية ومؤتمرات عالمية ، وبتنظيم دورات تدريبية لرجال القضاء كي يتمكنوا من استيعاب النظم والقوانين والتشريعات الموحدة، ونقترح أن يضم هذا المعهد شعبة تتبع اللجنة الدولية للقانون المقارن التي شكلتها هيئة اليونسكو لإنماء التعارف والتفاهم المتبادل بين الأمم عن طريق نشر الثقافة القانونية واستخدام منهج الدراسة المقارنة . وغني عن البيان أن عناصر هذا المعهد متوافرة في دولنا التي تضم أساتذة أجلاء يمتازون بغزارة العلم ودقة الفهم وروح البحث وسعة الصدر والأفق ، سواء في مجال الشريعة أو في مجال القانون أو فيهما جميعاً . كذلك تتوافر المكتبات الغنية بالمراجع في مختلف العلوم الشرعية والقانونية ، ويسهل على أي باحث أن يطلب ما يحتاج إليه في بحثه من مراجع ليست في متناول يده ، أو أن يقوم برحلة علمية إلى أي من عواصم المعرفة في الشرق أو في الغرب . أما إنشاء شعبة عربية تتبع اللجنة الدولية للقانون المقارن ، فلا يشترط له إلا أن تكون الشعبة في دولة عضو في هيئة اليونسكو ، والدول

العربية كلها أعضاء في هذه الهيئة ، ولها تأثير كبير على قراراتها وأنشطتها ، ولقد لمست بنفسي مدى رغبة هذه اللجنة في التعاون مع دول المنطقة لمعرفة اتجاهاتها التشريعية والوقوف على نظمها القانونية والقضائية .

ثالثاً - المنهج الموضوعي:

٦٤- نلخص اقتراحنا في الخطوات التالية :

أ - يقوم جهاز الفتوى والتشريع (المقترح) برسم الأطر الخارجية لقوانين حديثة تلبي كافة المتطلبات لدولة معاصرة ، ويحدد العناصر اللازمة لكل قانون في صيغة عناوين ، ويعرض المشكلات التي تتطلب حلولاً كلية ومبادىء قانونية ، مستعيناً في ذلك بالتشريعات المطبقة في البلدان العربية .

ب- يتولي مجمع البحوث الفقهية (المقترح) عملية البحث عن الحلول والمبادىء ، بتقديم الأحكام الشرعية، ثم الأحكام الفقهية الاجتهادية، فإن لم يجد : اعتمد مصادر الأحكام المستجدة التي أشرنا إليها . وللمجمع أن يستعين بالجهود التي بذلت لتقنين أحكام الفقه الإسلامي ، على الصعيد الرسمي أو غيره ، والتي أوردنا عدة نماذج منها .

جـ - يعيد جهاز الفتوى والتشريع صياغة هذه الحلول والمبادىء ، صياغة قانونية رفيعة ، ملتزماً بعبارات الفقه الإسلامي ، كلما أمكن ذلك .

د- تشكل لجنة للمراجعة من عدد متساوٍ من أعضاء مجمع البحوث الفقهية ومستشاري جهاز الفتوى والتشريع ، لإقرار الصيغة النهائية في كل فرع من فروع القانون .

والله من وراء القصد ،،،

تعقيب الأستاذ الدكتور جعفر عبدالسلام *

على الجلسة الثالثة

الورقة التي قدمها أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور / عبدالمنعم البدراوي تحدثت عن المراحل التي مر بها التقنين في مصر وفي بعض الدول العربية الأخرى وأوضحت أيضاً كيف يمكن أن نجعل الفقه الإسلامي يقنن، ويضارع القوانين الحديثة في كثير من الجوانب. وفي الواقع هناك ثلاثة موضوعات أثيرت في هذه الورقة لاأريد أن أتركها دون تعليق. تعلمت منه وإن كنت أذكر هذا الكلام بعد هذا العمر الطويل أن من أعظم الانتاج العلمي في العالم علم أصول الفقه، هكذا كتب لنا في المدخل منذ ذلك الوقت البعيد، وذلك لأن أصول الفقه يضع في الواقع أسس التفكير العلمي المنطقي التي يستطيع أي مجتهد يريد أن يستنبط حكماً شرعياً أن يلجأ إليها مما طور الفقه الاسلامي وجعله يضارع أي فقه آخر قوي في العالم، وهذا نفسه هو ماجعل أكثر من مؤتمر يعتبر أن الفقه الاسلامي أحد المذاهب الكبرى وأحد المذاهب القانونية الرئيسية واعترف به في محكمة العدل الدولية كمذهب من المذاهب القانونية الكبرى إلى جانب القانون الانجلوساكسوني والقانون اللاتيني والجرماني، ودائماً محكمة العدل الدولية بها من يمثل الفقه الاسلامي منذ ذلك الوقت، هذه مسألة ذكرتها لسبب وهو أنني أحسست في بعض كلمات أستاذ الأساتذة الدكتور السنهوري أن الفقه هو صناعة الفقهاء وأن المصادر العليا هي مجرد توجيهات لهم، وهذا قد يوقعنا في مأزق من حيث تكييف العمل الفقهي ومدى صلته بالأحكام الشرعية ومدى إلزامه .. الخ

---

* نائب رئيس جامعة الأزهر

فأنا لا أعتقد أن الفقه الإسلامي بالكامل صناعة فقهية وقد ذكر الدكتور البدراوي أن الفقهاء يتواضعون ويقولوا أن هذا استحسان وأن هذا استصحاب ومصالح مرسلة لكن المسألة كلها لاتعدو أن تكون صناعة من أولئك الفقهاء لهذا الفقه هذه قضية خطيرة لاأعتقد أنها يجوز أن تمر مرور الكرام خاصة أن الذي ذكرها عالم من الأعلام في القانون أستاذ الكل الدكتور السنهوري وعالم آخر فاضل أستاذنا الفاضل الدكتور البدراوي.

القضية الأخرى أهمية القول بذكر الشريعة الاسلامية كمصدر للتشريع يمكن الرجوع إليه وهذا المذهب الذي سار عليه القانون المصري وهو العمل بالأحكام الموجودة في القانون وإذا لم يجد القاضي نصاً يطبقه يلجأ إلى العرف ثم إلى الشريعة ... الخ .

يقول الأستاذ السنهوري وأستاذنا البدراوي هنا أن الشخص يستطيع أن يجد الأحكام الحديثة قريبة من الأحكام الشرعية تبنى عليها الكلمة بالضبط إذا أحببنا إثباتها ماورد في المشروع من نصوص هو أيضاً يمكن تخريجه على أحكام الشريعة الإسلامية دون كبير مشقة، فسواء وجد النص أو لم يوجد فإن القاضي في أحكام بين اثنين إما أنه يطبق أحكاماً لاتتناقض مع مبادىء الشريعة وإما أنه يطبق أحكام الشريعة ذاتها .

في تصوري أن المطلوب ليس الاتيان بأحكام لاتناقض الشريعة كما يتجه كثير من المجالس التشريعية . في كثير من البلاد العربية والاسلامية بل الأدعى أن تلجأ أولاً إلى الشريعة لنرى الأحكام فيها تغطي الأحكام المستحدثة أعتقد أننا ملتزمون بداية ولايكفي أن نقول أن هذه الأحكام تتمشى مع الشريعة الإسلامية أو لاتتعارض معها، فتطبيق الشريعة أعتقد أنه يقتضي أن نبذل جهداً كبيراً مع الفقه الاسلامي، ولكن وليس إطلاقاً معني ماأقوله أن نستبعد أبداً الأحكام الحديثة التي

تنظم معاملات لم يتعرض لها الفقهاء أو لم تكن معروفة في وقتهم هذا لأننا في عالم متسع لابد وأن نرى مايجري فيه .

كما سعدت أيضاً بقراءة الورقة المقدمة من الأخ الفاضل الدكتور محمد الألفي، وأنا أريد منه أن يزيل لبساً في ذهني حول الفرق بين الحكم الشرعي والحكم الفقهي، لأنه حاول التمييز بينهما في بداية الحديث ولكنه في أثناء بحثه ترك المسألة واحدة .

وأنا أعتقد أن الحكم الشرعي بالمعنى المدروس في كتب الأصول قد لايمكن بسهولة أن نميز بينه وبين الحكم الفقهي، وخاصة أن الدكتور الألفي ميز أيضاً بين مصادر الأحكام الشرعية ومصادر الأحكام الفقهية وجعل المصادر الشرعية القرآن الكريم والسنة والإجماع وبعد ذلك الأحكام الفقهية لم يردها للمصادر الأخرى المعروفة وهي المصادر الاجتهادية وإنما ردها للمصادر الفقهية، قضية غريبة عليّ شخصياً قد تكون سهلة لدى البعض لكن أن يكون هناك حكم شرعي خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين كما نعرفه، وهذا الحكم يختلف عما يقوم الفقهاء أيضاً بصناعته من قواعد وأحكام، أعتقد أن الدكتور الألفي وإن لم يصرح بها صراحة وإنما يعتبرها صناعة فقهية وأقرب لاجتهاد الفقهاء ومجرد مصادر الحكم الشرعي تهديهم في هذا السبيل .

كلمة أخيرة التقنين نحن محتاجون له الآن كما يعلم د. الألفي وكما نعلم جميعاً لضرورته ووفقاً لتفصيلات واسعة، لأن أعمال وتصرفات الانسان لاتنتهي الآن . ومعنا الشيخ الحبيب بن الخوجة والعلماء الذين يشرفون على مجامع الفقه الاسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الاسلامي الدكتور الألفي تجاهله وهو يتحدث عن ضرورة أن يوجد مجمع للبحوث الاسلامية وفي الأزهر مجمع للبحوث الاسلامية وهو يضم نخبة كبيرة من علماء الفقه والشريعة. أنا أعتقد ليس المطلوب أن إنشاء مجمع آخر وإنما

المطلوب التنسيق بين هذه المجامع والهيئات الكثيرة التي تنحو كل منها ناحية خاصة وتؤدي للأسف إلى كثير من التشرذم وإلى أن يعيش كل في واد كما لو كنا لانمثل أمة واحدة أو عالماً واحداً. لذلك أنا أعتقد أن هذه الندوة إن شاء الله ستنجح في أن تصل بنا إلي حل لهذه المشكلات ربما توصية نأخذها جميعاً على أعتاقنا في أن نوحد الاجتهاد وفي أن نقوي الصلات العلمية والفقهية بين مختلف المجامع والهيئات التي تضطلع بهذه المسألة في عالمنا الاسلامي ، وشكراً .

الجلسة الرابعة

توحيد التعليم الشرعي والقانوني: الخطط الدراسية والأقسام العلمية

رئيس الجلسة:

أ.د عبدالمنعم البدراوي

أستاذ القانون المدني بجامعة القاهرة .

المتحدثون:

د. عبدالحميد الانصاري

عميد كلية الشريعة والقانون بجامعة قطر .

أ.د. مصطفى محمد الجمال

عميد كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات

أ.د. جعفر عبدالسلام

نائب رئيس جامعة الأزهر .

المعقب: د. جاسم علي سالم

مساعد عميد كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات



تجربة قسم القانون

بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة قطر

للدكتور / عبدالحميد الأنصاري *

خطت دولة قطر خطوات واسعة نحو التطور والنماء في مختلف الميادين ، في عهد صاحب السمو الشيخ خليفه بن حمد آل ثاني حفظه الله ، وعملت على أن تبني نهضتها بناء يجمع بين الأصالة والتجديد ، مستخدمة أحدث أساليب العصر ، ومحافظة على تعاليم دينها الحنيف ، وتقاليدها العربية الأصيلة .

وفي سبيل ذلك أنشأت عددا من المؤسسات وأصدرت مجموعة من التشريعات التي تنظم الحياة الإجتماعية والإقتصادية والمالية والإدارية ، وظهرت محاكم عدلية إلى جوار المحاكم الشرعية .

ونظرا لحاجة الدولة إلى من يسد الثغرات في النواحي القانونية والقضائية والإدارية من أبناء البلاد ، فإن كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - شعورا منها بمسئوليتها نحو الدولة ، وتغطية لحاجتها من الخريجين المتخصصين - رأت أن تطور نفسها بانشاء شعبة أو تخصص جديد يضاف إلى التخصصين القائمين بها (وهما تخصص الشريعة، وتخصص أصول الدين) ، هو تخصص الشريعة والقانون ؛ وهو تخصص مزدوج من علوم الشريعة وعلوم القانون ، على أن يعطى عناية خاصة للقوانين القطرية ليتخرج في هذا التخصص من يعملون قضاة بالمحاكم الشرعية والعدلية ، ومفتين ومستشارين بإدارة الشئون القانونية وغيرها من دوائر الفتوى

----

* عميد كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة قطر .

في الحكومة ، وغير ذلك من وظائف الإدارة والمحاماة وغيرها .

وأن من الخير أن تنشأ دراسة القانون في ظل كلية الشريعة فيستفيد دارس القانون من سعة آفاق الشريعة وعدالة مبادئها ورسوخ أصولها وثراء فقهها ، كما يستفيد دارس الشريعة من دراسة القانون في تقسيمه وصياغته ونظرياته ، ويزاوج بين الأمرين بما يحقق الخير لمجتمعنا العربي المسلم .

وقد تشكلت لجنة من الأعضاء الآتية أسماؤهم :

أ.د. محمد زكي عبد البر

د. عبد العظيم محمود الديب

د. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري

د. هارون عبد العزيز الجمل

لإعداد دراسة حول الموضوع مستعينة بما هو متبع في الكليات المماثلة في دولة الإمارات العربية المتحدة وفي جامعة الأزهر .

وقد شارك في هذه الدراسة : د.جمال الدين عطية - الأستاذ الزائر بالكلية- كما عرضت على كل من :

أ.د. أحمد كمال أبو المجد

أ.د. محمد سليم العوا

الأستاذ المستشار/ طارق البشري

فأبدوا آراءهم وملاحظاتهم التي كانت محل إعتبار ..

وانتهت الدراسة إلى الأخذ بنظام التخصص المزدوج ، وعلى أساس أن يدرس القانون والشريعة دراسة مقارنة ، وراعت في دراسة مقررت القانون أن تكون في إطار القوانين التي تطبق في دولة قطر .

وقد اتجهت كلية الشريعة بجامعة قطر إلى إنشاء قسم للقانون ضمن أقسامها ، إقتناعا منها بضرورة محاولة إزالة الإزدواج في تدريس القانون والشريعة بصورة متميزة كما في الواقع القائم في معظم الجامعات ، حيث يختص بتدريس كل منهما كلية مستقلة ، خاصة وأن النظم السائدة في المجتمع القطري تجمع من الناحية العملية بين تطبيق الشريعة وتطبيق نظم قانونية مستحدثة ، ومازال هذا الجمع في طريقه إلى التبلور ، ومما يساعد على بلورة هذا الإتجاه أن تواجه المعاهد التدريسية الأمر بصورة مباشرة بالجمع بين دراسة النظامين .

ولقد كان طبيعيا - تمشيا مع هذا الإتجاه - أن يتم تدريس المواد القانونية والشرعية بصورة مقارنة ضمن مقررات موحدة ، ولكن رؤي تأجيل ذلك إلى مرحلة تالية نظرا لصعوبة توافر أعضاء هيئة التدريس الذين يجمعون بين الثقافتين ، وكذلك لصعوبة توافر الكتاب الجامعي الذي يقوم بهذه الدراسة المقارنة في جميع المقررات .

لذلك إتجهت الكلية إلى تدريس كل من الشريعة والقانون بصورة متوازية تتضح من مراجعة عناوين المقررات التي يدرسها طالب القانون :

المقررات القانونية	*المقررات الشرعية*
أصول القانون : نظرية القانون أصول القانون : نظرية الحق	المدخل إلى الشريعة المدخل إلى الفقه أصول فقه (دراسة عامة) أصول فقه (الإجتهاد والتقليد) أصول فقه (القرآن والسنة) " إختياري " أصول فقه (الإجماع والقياس " إختياري " أصول فقه (التعارض والترجيح)" إختياري"
مصادر الإلتزام أحكام الإلتزام	
العقود المدنية	معاملات (البيوع) " إختياري "

المقررات القانونية	المقررات الشرعية
قانون العمل	
الحقوق العينية الأصلية	معاملات (مقدمة في المال) " إختياري"
الحقوق العينية التبعية	
المبادىء العامة للقانون التجاري	
الشركات التجارية	
الأوراق التجارية	
قانون المرافعات المدنية والتجارية	فقه القضاء " إختياري"
قانون المرافعات (التنفيذ)	
القانون الدولي الخاص	
القانون الدستوري	نظام الحكم في الإسـلام (الأسس والمبـادىء) نظام الحكم (الشوري) " إختياري"
القانون الإداري	
القانون الدولي العام	فقه الجهاد " اختياري " علاقات دولية " إختياري"
قانون العقوبات (القسم العام)	الحدود والتعازير " إختياري "
قانون العقوبات (القسم الخاص)	جنايات وجراحات " إختياري "
قانون الإجراءات الجزائية	
الأحوال الشخصية لغير المسلمين " إختياري "	نظام الأسرة في الإسلام
	فقه مقارن (فرق النكاح)
	الفرائض والوصايا
القانون البحري والجوي " إختياري "	
علم الإجرا والعقاب " إختياري "	
تاريخ القانون " إختياري "	
مصطلحات قانونية أجنبية " إختياري "	
المنظمات الدولية والإقليمية " إختياري "	
مبادىء الإقتصاد " إختياري "	أصول الإقتصاد الإسلامي
نقود وبنوك " إختياري	الإقتصاد العام في الإسلام " إختياري "
مالية عامة " إختياري "	التنمية الإقتصادية في الإسلام " إختياري "
إقتصاد دولي " إختياري "	النظام الإقتصادي في الإسلام " إختياري "

المقررات القانونية	*المقررات الشرعية*
	قضايا فقهية معاصرة " إختياري "
	نظريات فقهية " إختياري "

تحقيقا للأصل الـ[illegible] منه الكلية في تخطيط برامجها فإنها تراعي :

١- عند إختيار اعضاء هيئة التدريس : تشترط الكلية أن يجمع العضو بين دراسة الشريعة والقانون بصورة من الصور كأن يكون :

* متخرجا من إحدى الكليات التي تجمع بين الدراستين .
* أن تكون دراسته الأصلية قانونية وتخصص في الدراسات العليا في المقارنة بالشريعة .
* أن تكون دراسته الأصلية شرعية وتخصص في الدراسات العليا في المقارنة بالقانون .
* أن تكون مؤلفاته وبحوثه مبنية على المقارنة بين الشريعة والقانون .

٢- عند إختيار الكتاب الجامعي الذي يرجع إليه الطلاب أن يكون - ما أمكن ذلك- أساسه المقارنة بين الشريعة والقانون ، وقد أمكن تحقيق هذا الشرط في بعض الكتب ويجري البحث بإستمرار لتغطية كافة المقررات بهذه الطريقة.

٣- عند توافر عضو هيئة التدريس المتمكن من الدراستين : أن يعهد إليه بتدريس المقررات القانونية والشرعية الداخلة في تخصصه ، وذلك سعيا إلى تقريب المفاهيم الشرعية والقانونية وتسهيل المقارنة بينها في أذهان الطلاب ، وقد أمكن تحقيق ذلك في بعض مقررات القانون المدني والجزائي والدولي العام .

هذا وتدرس الكلية إمكان عقد ندوة دولية لبحث مناهج الدراسة المقارنة الشرعية والقانونية في ضوء خبرة الكليات التي قامت بهذا النوع من الدراسة وفي ضوء

متطلبات المجتمع القطري ومتطلبات هذا النوع من الدراسات المقارنة ، مستفيدة في ذلك من نتائج ندوتكم الموقرة التي كان لها فضل السبق في هذا المجال .

تخطيط المسيرة العلمية لكلية الشريعة والقانون

بجامعة الإمارات العربية المتحدة

للأستاذ الدكتور / مصطفى محمد الجمال *

تضطلع كليات الشريعة والقانون وكليات الحقوق بتقديم وتنمية المعارف الخاصة بضوابط سياسة الحاكم للرعية وإقامة العدل بين الناس، ومن ثم إعداد وتأهيل الكوادر اللازمة للقيام بوظائف التشريع والقضاء والإدارة . وهي معارف يرتبط وجودها والحاجة إليها بوجود المجتمع الإنساني ذاته ، ويضطرد نموها وتشعبها بنمو هذ المجتمع وتشعب وظائفه وتنوع أنماط الحياة وسبل الرزق فيه .

وقد أنشئت كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة عام ١٩٧٨، تلبية لحاجة الدولة الناشئة الحيوية إلى توطين وتنمية كوادرها في هذه المجالات . وجاء انشاؤها في مرحلة هامة من مراحل حياة الأمة، هي مرحلة البحث عن الذات وتحديد الهوية ، واستشراف المستقبل وترسيم خطاه . ولذلك لم يكن غريباً أن تخضع مسيرتها للتقييم والمراجعة وإعادة النظر أكثر من مرة خلال عمرها القصير، قبل أن نصل إلى وضعها الحالي . وهذا مانتبينه من استعراضنا لتعاقب الخطط الدراسية من ناحية ، ولمعطيات الخطة الجديدة من ناحية أخرى .

أولا: تعاقب الخطط:

إن من يتأمل الواقع القانوني في العالم الإسلامي والعربي ، لابد أن يلاحظ أن ازدواج منابع الثقافة القانونية أصبح ظاهرة عامة فيه لاتفلت منها دولة مهما كانت

---

* عميد كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة

توجهاتها . حقاً إن هناك دولاً مازالت وفيةً للشريعة الإسلامية وللثقافة القانونية الإسلامية ، وأخرى تركت الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي إلى صناعة القانون بالشكل وبالمضمون الذي أفرزته الحضارة الغربية . ولكن كثيراً من دول المجموعة الأولى تسير سيراً حثيثاً في سبيل استحداث بناء تشريعي على النمط الغربي ، يستمد بعض لبناته من أحكام الفقه الإسلامي وبعضها الآخر من نظم الحضارة الغربية ذاتها . باعتبارها حضارة عالمية غالبة تواجه متطلبات العصر، مع مايؤدي إليه ذلك من فتح الطريق أمام الثقافة القانونية الغربية . وبالمثل فالجذور العقدية قد حدُت من انطلاق دول المجموعة الثانية نحو القانون والثقافة القانونية بالمفهوم الغربي ، فأبقت علي الشريعة الإسلامية على الأقل في مجال الأحوال الشخصية . بل إن الشعور بالإنفصال بين العقيدة وبين النظم القانونية المطبقة في هذه الدول الأخيرة قد ولَّد اتجاهاً عاماً ينادي بالعودة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية واتخاذها مصدراً للقانون . وقد نما هذا الإتجاه نمواً عظيماً في النصف الثاني من القرن العشرين وأصبح يفرض نفسه علي المشرعين في كثير من الدول الإسلامية ، الأمر الذي أدي إلي حركة إحياء للثقافة القانونية الإسلامية فيها .

وهكذا فقد شهد العالم الإسلامي والعربي ثقافتين تشريعيتين منفصلتين في " مصدرها وفي الكثير من أدواتهما الفنية ، بكل مالهذا الإزدواج من سلبيات ، يعنينا منها اثنتان . . الأولى مااستقر في الأذهان من أن الشريعة والقانون نسقان مختلفان من الأحكام أحدهما منزل من عند الله ، والآخر من صنع البشر ، وإنهما لذلك لا يلتقيان . . والثانية هي إنشاء كليات الحقوق لتدريس الثقافة القانونية ، وانفراد خريجيها بالعمل في مجالات التشريع والقضاء والإدارة ، واقتصار كليات الشريعة على تقديم الفقه الإسلامي ، أصوله والفروع ، كما انتهي إليه المقلدون من فقهاء المذاهب ، فيما يشبه أن يكون دراسة تاريخية ليس لطالبها أمل في تولي الوظائف العامة خارج الدائرة الضيقة للقضاء الشرعي .

وقد أدركت الجامعة الأزهرية خطورة هذا الوضع على مستقبل كلية الشريعة بها، منذ منتصف الستينات ، فعمدت إلى تطويرها ، بإنشاء قسم عام بها إلي جانب القسم الشرعي ، تدرس فيه مقررات القانون جنباً إلى جنب مع مقررات الشريعة ، وفتحت بذلك الباب أمام خريجيها لتولي وظائف التشريع والقضاء والإدارة . وجاء إنشاء كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات اتباعا لهذا النمط الذي اختطته الجامعة الأزهرية وأخذته عنها بعض الجامعات في العالم العربي . مصداقاً لذلك فقد ضمت عند انشائها ثلاثة تخصصات أحدها للشريعة والثاني للقانون والثالث مزدوج يجمع بينهما . وهكذا يمكن القول بأن كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات قد اعتمدت في الحلقة الأولي من حياتها مبدأ تعدد التخصصات بتعدد الثقافات .

أما الحلقة الثانية فهي حلقة الثقافات المتعددة في إطار التخصص الواحد . وقد جاءت هذه المرحلة تعبيراً عن المتطلبات المهنية التي كشف عنها تباين إقبال الطلاب على التخصصات الثلاثة السابقة ، بالإضافة إلى تقييم الأداء المهني لخريجيها . وفي الحقيقة فإن مجال العمل المهني المتاح لخريجي تخصص الشريعة يبدو محدوداً بالنظر إلى أنه لايوفر لهم قاعدة كافية للتعامل مع النظم والأدوات التشريعية التي أفرزتها الحضارة المعاصرة، الأمر الذي ظهر أثره في قلة الإقبال على هذا التخصص من الطلاب . ثم إن التخصص القانوني لايوفر بدوره قاعدة صالحة للتعامل مع الميراث العقدي والحضاري الذي تعمل هذه النظم والأدوات في إطاره ، مما جعل خريجي التخصص المزدوج يتفوقون على غيرهم في العمل . وهكذا فقد تم إلغاء تخصص الشريعة والقانون من العام الجامعي ١٩٨٦ ، اكتفاء بالتخصص المزدوج الجامع بين الشريعة والقانون ، وصارت الشريعة والقانون تقدمان في إطار واحد لكافة طلاب الكلية .

ولاشك أن الغاء التخصصات على هذا النحو كان خطوة أولية لازمة على طريق التخلص من الازدواج الثقافي . لكنها لم تكن كافية بذاتها لتحقيق هذا الغرض . فقد قامت الدراسة في التخصص الواحد على الجمع بين مساقات الشريعة ومساقات القانون باعتبارهما ثقافتان منفصلتان ومتجاورتان ، واقتصرت دروس الشريعة على عرض الفروع الفقهية كما سجلتها كتب المقلدين في إطار المذاهب الفقهية ، كما اقتصرت دروس القانون على شرح نصوص التشريعات المستحدثة وترسيم آليات تطبيقها . أما محاولة إنزال الشريعة على أوضاع العصر ووقائعه من ناحية ، وتقييم نظم العصر وآليته التشريعية والقضائية والتنظيمية من ناحية أخرى ، فلم تزل معالجات عرضية متقطعة هنا وهناك .

واما الحلقة الثالثة والاخيرة فهي الأهم والأكثر شمولاً والأعمق أثراً . وقد جاءت هذه الحلقة في إطار حركة التطوير الشامل التي تشهدها الجامعة اعتباراً من العام ١٩٩٠ ، ترسماً لتوجيهات سمو رئيس الدولة الشيخ زايد بن سلطان ال نهيان. وتحت قيادة سمو الشيخ نهيان بن مبارك آل نهيان وزير التعليم العالي والبحث العلمي الرئيس الأعلى للجامعة ، والتي تناولت العملية التعليمية في كافة جوانبها: الخطة الدراسية وطرق التدريس والإطار التنظيميم .

ولقد أسفرت عملية التقييم التي جرت بهذه المناسبة عن حقائق ثلاث :

الاولى: هي أنه نتيجة للجمع بين المساقات الشرعية والمساقات القانونية فقد زاد العبء الدراسي للطالب عن مثيله في الكليات النظيرة ، مما ترتب عليه عزوف واضح من طلاب الجامعة عن الكلية .

اما الثانية: فهي غلبة الطابع النظري على الدراسة . فالمساقات الشرعية تعاني من إهمال بالغ للفروض العلمية التي يفرزها الواقع المعاش والتي تجد سبيلها إلى

ساحات القضاء . والمساقات القانونية تعاني بدورها من إهمال أحكام القضاء الوطني والاستعاضة عنه بقضاء الدول التي يستقطب منها أعضاء هيئة التدريس .

أما الحقيقة الثالثة: فهي أن الفصل بين الثقافتين اللتين يتلقاهما الطالب ، يؤدي إلى تباين المفاهيم الفنية التي تصور الحقيقة الواحدة، ثم إلى التشكيك في مصداقية هذه المفاهيم ، على نحو يولد البلبلة والاضطراب في ذهن الطالب. أما عن تباين المفاهيم فيكفي أن نضرب مثلاً له بمفهوم الحكم بالمعنى الأصولي ومفهوم القاعدة القانونية ، أو بسلطة القاضي في التجريم والعقاب خارج منطقة الحدود في الفقه الإسلامي ومبدأ لاجريمة ولاعقوبة بغير نص في القانون ، أو بمفهوم ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ومفهوم التعويض عن الضرر في القانون ، أو أنواع الشركات في الفقه الإسلامي وأنواعها في القانون . أما عن التشكيك في مصداقية المفاهيم فتأتي أساساً من دعوي خروج التشريعات والنظم الحديثة عن شرع الله إن لم يكن بمضمونها فبشكلها دون تمييز . إن هذه الدعوى تثير نوعاً آخر من الاضطراب في ذهن الطالب . كيف تكون هذه التشريعات والنظم خارجة عن شرع الله وحاجة العصر ومتطلباته تفرضها فرضاً في معظم الأحيان .

وهذا كله مايدعونا إلى إثارة تساؤل آخر . هل من سبيل إلي توحيد المفاهيم توحيداً يؤكد مصداقيتها في ذهن الدارس ؟ ولعلي لاأبالغ إذا قلت بأن هذا التوحيد ممكن . تحت مظلة الفقه الإسلامي ذاته . ويكفيني في هذا الصدد ذكر مثالين بارزين . الأول يتعلق بتعريف الفقه المعاصر للقانون كمجموعة من القواعد . فهذا التعريف هو علي التحقيق مجرد تعريف بالرسم لابالحد . ولعل محاولة تعريفه بالحد تفضي إلى القول بأنه خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين . وهو ذاته تعريف الأصوليين للحكم الشرعي . أما المثال الثاني فيتعلق بمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون . فهذا المبدأ لما يعد صالحاً للتعبير عن الحلول العملية لمشكلة الجهل بالقانون ، على نحو يشير الباحثون مفاهيم أخرى تحل معه . وقد

تكون هذه المفاهيم كامنة في الثقافة الشرعية التي تميز في هذا الشأن بين أحكام الوضع وأحكام التكليف ، باعتبار الأولى جعل من الشارع لايتوقف إعماله على علم الإنسان أو جهله ، وباعتبار الثانية تفترض استطاعة المكلف العلم بما عليه من تكليف ·

لذلك كله كانت السمة المميزة لهذه الحلقة الأخيرة هي التوجه نحو ثقافة موحدة تنطلق من الأصول العقدية والضوابط الشرعية الثابتة وتواجه الواقع المعاش بكل وقائعه وأوضاعه ومتطلباته ·

ثانياً: معطيات الخطة الجديدة

الأهداف:

لقد استهدفت الحلقة الأخيرة من المسيرة ، والتي تعبر عنها الخطة الجديدة ، تحقيق هدفين أساسيين :

الهدف الأول: هو تصحيح العلاقة بين شقي الدراسة بالكلية ، وأعني بهما شق الشريعة وشق القانون · فالقانون ليس بالضرورة الأحكام يضعه البشر خروجاً على شريعة الله وافتآتاً عليها · وإنما هو بالأحرى محصلة اجتهاد فقهي لمواجهة أوضاع العصر ووقائعه ومتطلباته · ومن ثم فهو يمكن أن يكون امتداداً لفقه الشريعة وتتمة له إذا ماتوفرت العناية بتأصيله انطلاقاً ، من مصادر الشريعة وضبطه بضوابطها · بل ويتعين أن يكون كذلك في دولة الإسلام عقيدتها وشريعته لها منهاجاً · وهذا مايمكن تحقيقه من خلال توجيه المنطلق الشرعي في الدراسة والبحث نحو التعرف على معطيات العصر واستنباط أحكام الشريعة فيها، بالاستناد المباشر إلى مصادرها وأحكامها الكلية ، وما يتطلبه ذلك من مراجعة الفروع الفقهية التي تغير واقعها والإجتهاد في مالم يقل السلف كلمته فيه من ناحية أخرى ، وتوجيه المنطلق القانوني في الدراسة نحو ربط النظم والأحكام المستحدثة بأصول الشريعة وضبطها

بموازينها .

اما الهدف الثاني: فهو تصحيح العلاقة بين المفاهيم العلمية وبين تطبيقاتها العملية فلاخير في دراسة تعتمد فروضاً مدرسية موروثة لا وجود لها في الواقع ، أو في الأقل مستوردة من واقع مخالف للواقع الذي يعيشه الدارس والذي يعد نفسه لمواجهة مشكلاته والتفاعل معها . ومن ثم كان من الضروري أو يولي التدريس في كلية الشريعة والقانون عنايته الكاملة لأحكام القضاء الوطني ، سواء فيما يتعلق بالمجالات التي مازالت محكومة بفقه المذاهب ، أو في المجالات التي صدرت فيها مجموعات قانونية مستمدة من هذا الفقه ، كقانون المعاملات المدنية وقانون المعاملات التجارية وقانون العقوبات .

ويهمني في هذا المقام أن أنوه بالجهد الذي بذله الدكتور جاسم علي سالم مساعد العميد لشئون البحث العلمي في عقد دورة في الفصل الدراسي الأول من هذا العام للقضاة وأعضاء النيابة العامة في أبوظبي ، حول موضوع الحدود والقصاص والدية . ولقد أظهرت هذه الدورة أهمية التعاون بين المعنيين بشئون العلم والمعنيين بشئون التطبيق . ولقد استفدنا من هذه الدورة بقدر ما أفدنا . لقد تبين لنا أن تطبيق أحكام الفقه الإسلامي في العصر الذي تعيشه ، يطرح العديد من المشاكل العلمية الجديدة ينبغي علينا أن نوجد لها الحلول المناسبة في إطار مبادىء الشريعة وقواعدها الكلية .

الآليات:

وقد استلزم هذ التوجه بشقيه إحداث تغييرات جوهرية في العملية التعليمية من خلال خطوات ثلاث رئيسية ، تمثل آليات تحقيق الأهداف المرجوة .

الخطوة الاولى: هي صياغة الخطة الدراسية إنطلاقاً من هذه الأهداف. وقد

تحققت هذه الخطوة بإقرار الخطة الدراسية الجديدة للكلية . وأهم موجهات هذه الخطة هي دمج المساقات الشرعية والقانونية المتناظرة منعاً للتكرار ، وإدخال المساقات المبنية على التشريعات القائمة في الدولة تحت مظلة الشريعة الإسلامية تأصيلاً وفهماً وتفسيراً ، وجعل معالجة أحكام القضاء الشرعي والمدني في الدولة مكوناً رئيساً في مفردات كافة المساقات حتي ماكان منها متعلقاً بموضوعات يحكمها فقه المذاهب المعتمدة في الدولة . وقد تمكنا بفضل هذه الموجهات من تخفيض العبء الدراسي اللازم للتخرج من ١٥٣ إلى ١٣٢ ساعة معتمدة ، أسوة بالكليات النظيرة، وتحسين عملية التدريس وطرقه ، الأمر الذي كان له أثر واضح في زيادة الإقبال على الكلية من طلاب الجامعة . والمأمول أن تؤدي هذه الخطوة إلى تحقيق التفاعل بين المفردات الشرعية والقانونية في المساق ، بما يسمح في النهاية بتوفير المناخ الملائم لإرساء دعائم فقه إسلامي يجمع بين الأصالة والمعاصرة .

الخطوة الثانية : هي إعادة تخطيط الأقسام العلمية في الكلية بما يحقق سياسة الكلية في دمج الدراسات الشرعية والقانونية . ففي ظل هذه السياسة تنتفي الحاجة إلى إفراد قسم علمي مستقل للشريعة وآخر للقانون ، بعد أن صارت الواقع المعاصر أساساً للدراسة برمتها ، وصارت المعطيات الشرعية مظلة لها ، ويتعين إيجاد أقسام جديدة متخصصة تخصصاً موضوعياً ، تجمع بين الجوانب الشرعية والقانونية للتخصص ، وتضم أعضاء هيئة التدريس المؤهلين للتدريس والبحث في مجاله ، شرعيين كانوا أو قانونيين أو مزدوجي الثقافة .

وقد تم تنفيذ هذه الخطوة مع بداية الفصل الدراسي الحالي بإنشاء ثلاثة أقسام هي قسم الدراسات الأساسية وقسم المعاملات وقسم النظم العامة والسياسة الشرعية .

ولقد راعينا في التقسيم وفي اختيار المسميات - بجانب تحقيق أهداف الخطة الدراسية الجديدة - أن تكون مستمدة من معطيات الفقه الإسلامي ذاتها . فالفقهاء المسلمون يفرقون في أحكام الشريعة بين الأصول والفروع ، ثم يجعلون الفروع أنواعاً، يعنينا منها في الكلية بصفة أساسية ، مايتعلق بمعاملات الناس الأسرية والاقتصادية ، ومايتعلق بنظم سياسة الحاكم للرعية مما يعرف بالسياسة الشرعية . وهكذا صارت الأقسام العلمية بالكلية ثلاثة على النحو السابق إيضاحه ، أحدها يقابل الأصول ، والآخران يقابلان كلاً من المعاملات والسياسة الشرعية على التوالي.

ولقد اسمينا القسم الأول من هذه الأقسام بقسم الدراسات الأساسية إيماناً بأهمية توسيع هذا القسم ليشمل إلى جانب أصول الفقه علوماً أخرى أساسية ذات طابع اجتماعي أو منهجي كتاريخ التشريع وعلم الإجرام وعلم الإجتماع القانوني والفقه المقارن .

إن إعادة تخطيط الأقسام العلمية علي النحو السابق ، فضلاً عن أنه يحقق الانسجام النظري بين التوجه العام للكلية وبين الأقسام العلمية فيها ، فإنه يحقق مزايا عملية عديدة تتضافر جميعها علي ضمان وضع هذا التوجه موضع التنفيذ العملي المستقر والمطرد . فهو من ناحية أولي يفسح المجال أمام عدد من أعضاء هيئة التدريس في الكلية جمعوا بين الثقافتين الشرعية والقانونية لمواصلة البحث المقارن (بين فقه الشريعة الإسلامية والفقه الغربي المعاصر) في المجالات التي تخصصوا فيها . وهو من ناحية ثانية سوف يفتح الباب أمام عنصري الكلية (العنصر الشرعي والعنصر القانوني) للتعود علي العمل معاً والتعاون في تحقيق الهدف المشترك بما يمكن في النهاية من بعث حركة الإجتهاد في الفقه الإسلامي . وهو من ناحية ثالثة سوف يمكن من رسم سياسة جديدة لتعيين المعيدين وتوجيه

دراستهم بما يحقق سياسة الكلية ، الأمر الذي بات ضرورياً لضمان مسيرة التوحيد مستقبلاً عندما يؤول أمر الكلية كاملاً إلى أعضاء هيئة التدريس من المواطنين .

اما الخطوة الثالثة : فتتمثل في إعداد كتب دراسية جديدة تجمع بين الشريعة والقانون وبين التصورات النظرية والتطبيقات القضائية في إطار واحد . وهذه هي أهم المراحل وأشقها . وعليها يتوقف في الحقيقة نجاح الخطة الجديدة في تحقيق أهدافها .

وهذا ماتعد الكلية نفسها الآن لمواجهته من خلال تعاون مدروس بين أعضاء هيئة التدريس وبين نخبة من خيرة المتخصصين في الشريعة والقانون والمؤمنين بتحقيق الوحدة الثقافية في هذا المجال ، على مستوى العالم العربي كله .

ولا أود في النهاية أن أفيض في توصيف ماينبغي أن تلتزمه هذه المؤلفات حتى لا أجور على حقوق غيري من المتحدثين في الجلسات التالية . لكن يكفيني أن أشير في هذا المقام إلى بعض المعاني والتساؤلات التي أراها جديرة بعنايتكم في هذه الندوة .

المعنى الاول : هو أنه ينبغي الحفاظ الكامل على ذاتية الصناعة الفنية التي تقدمها مذاهب الفقه الإسلامي ، وعدم الانسياق وراء التيارات الفقهية المعاصرة الرامية إلى طمس معالمها لصالح الصناعة الفقهية الغربية . واستطراداً لهذا المعنى فإنه يتعين على المؤلف اعتماد تقسيمات وتصانيف علمية ، ومسميات لهذه التقسيمات والتصانيف ، مستمدة من الفقه الإسلامي أو على الأقل تنسجم مع معطياته بقدر الإمكان .

المعنى الثاني : هو أنه ليس من الصعب توظيف المفاهيم التي صاغها الفقه الإسلامي ، على الأقل من بعد إعادة ضبطها وتحديدها ، لخدمة التوجهات القانونية

التي أفرزتها الحياة الاقتصادية والاجتماعية المعاصرة ، وتقديم الإطار النظري لها ، كلما كانت هذه التوجهات محققة لمصالح عامة أو خاصة معتبرة من منظور العقيدة الإسلامية وأصول شريعتها .

أما المعنى الثالث والأخير : فيتعلق بالتساؤل عما إذا كان الوقت قد حان لوقفة تأمل ثانية في أصول الشريعة الإسلامية . وهو تساؤل لا أزعم لنفسي القدرة على الإجابة عليه وإنما أطرحه على الأصوليين المعاصرين . لقد كانت الوقفة الأولى عندما أدرك السلف أن ماجاءت به النصوص لايكفي بذاته لتفصيل أحكام الله فيما يستجد لعباده من شئون ، وأنه سبحانه وتعالى قد زودهم بالعقل للقيام بهذه المهمة عن طريق النظر في النصوص وعلى امتدادها ، فكان هذ البناء الرائع من المصادر الاجتهادية والعملية قياساً واستحساناً وطلباً للمصلحة وعملاً بالعرف . أما الوقفة الثانية التي أتساءل عنها فهي وقفة أمام هذا البناء الاجتهادي ذاته تحديداً لمجاله وتجديداً لبعض أدواته . إننا نتساءل مثلاً عما إذا كان مجال الاجتهاد يبدأ عنه النقطة التي تنتفي فيها الدلالة القطعية للنصوص على الأحكام بحيث يجتمع الاجتهاد مع النص كلما كانت دلالة النص على الحكم دلالة ظنية ، ونتساءل أيضاً عما إذا كان الأقرب إلى روح الشريعة ومتطلبات العصر ربط الأحكام بالحكمة منها - بدلاً من العلة - على نحو ماكان عليه الحال قبل تشكيل معالم الصرح الأصولي في القرن الثاني الهجري ، ونتساءل أخيراً عما إذا كان استقراء الحالات الجزئية التي وردت في شأنها النصوص يوصل إلى استخلاص مبادىء عامة ، مجردة عن القيود اللفظية العارضة ، يمكن توظيفها للتثبت من شرعية الكثير من منجزات العصر في شئون النظم والإدارة وأدوات تحقيق العدل بين الناس ، كلما كانت هذه المنجزات محققة كما قدمنا لمصالح لايحول دون اعتبارها أصل في العقيدة أو في الشريعة .



مذكرة
بشأن تعديل النظام القانوني
لكلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر

للأستاذ الدكتور/ جعفر عبدالسلام *

١ - أدت كلية الشريعة والقانون دوراً بارزاً في تعليم الفقه الإسلامي وأصوله منذ إنشائها في عام ١٩٣٠ م حيث خرجت علماء الشريعة الذي يعلمون الناس أمور دينهم في المساجد وفي المعاهد وفي مختلف الجامعات المصرية والعربية والإسلامية. وعندما أنشأت الدراسات العليا بها في ١٩٤٣ أصبحت تعطي رسائل الماجستير والدكتوراة لطلبة العلم الواسع العميق سواء من مصر أو من خارها، وأصبحت - مع الوقت - الكلية المتيزة التي حوت المواهب والقدرات التي تمد ظلالها إلى مختلف الكليات والجامعات والمعاهد المصرية والعربية والإسلامية.

٢ - وعندما دخلت الدراسات القانونية فيها بشكل كامل عام ١٩٦٦، أتيح لطلاب هذه الكلية أن يتعلموا نظريات ومبادىء وقواعد جديدة في العلم وفي فن الاستنباط للأحكام من الوقائع المتجددة في حياة الناس واتسعت رقعة البحث العلمي الاستنباطي والاستقرائي أمام الباحثين والعلماء لكي يقعدوا القواعد الشرعية ويتفهموا العلل والحكم من تشريع القوانين الجديدة التي حكمت وقائع وأحداثاً لم توجد في وقت كتابة الفقه الاسلامي ، مما يساهم في إيجاد مجموعة قادرة علي فهم أصول الشريعة وقواعدها ومقارنتها بأصول القوانين الوضعية وقواعدها ويمكن هذه الفئة الجديدة من ممارسة العمل في القضاء وفي مختلف الأجهزة بالدولة، الأمر الذي كان محجوباً عن خريجي هذه الكلية من

* نائب رئيس جامعة الأزهر

قبل .

٣ - ومع ذلك لم تدخل أية تعديلات على برامج كلية الشريعة والقانون منذ عام ١٩٦٦م ، وإن عدلت العديد من البرامج في كليات الحقوق والتي تدرس كليات الشريعة مواد تتكافىء ما مايدرس فيها بحسب قانونها وفي كليات الشريعة في مختلف الجامعات العربية والإسلامية لكي تتلاءم مع المستجدات التي تتطلبها الحياة العملية وحتى يستطيع الخريجون أن يستبلوا الواقع العملي أمامهم ويواجهونه بما يتطلبه من قواعد ومبادىء تحمي المصالح وتصون الحدود، وتحقق المصالح .

٤ - ونلاحظ على التنظيم القانوني لكليات الشريعة والقانون في الوقت الحاضر مايلي :

أ - الفصل الكامل في التدريس بين العلوم الشرعية والعلوم القانونية ، حيث تضع الأقسام الشرعية خطط الدراسة فيها بشكل منفصل عن تلك التي تضعها أقسام تدريس القانون في الكلية ، مما صعب على الطلاب استيعاب الموضوعات الواحدة . التي تدرس في الشريعة ، والتي تدرس في القانون . وعلى سبيل المثال فقسم الفقه يوزع الموضوعات على سنوات الدراسة بحسب أبواب الفقه، ويختار قسم الفقه المقارن موضوعات للدراسة دون خطة محددة لاستيعاب مختلف أحكام المعاملات. مع أن الدراسة القانونية تعالج أموراً تتشابه في كثير من الصور مع تلك التي تتناولها الدراسات الشرعية، مما يشتت ذهن الطالب ويجعله عاجزاً عن الربط والمقارنة بين الموضوعات القانونية والموضوعات الشرعية رغم هذا التشابه .

ب - استقلال الأقسام القانونية عن الأقسام الشرعية مما يجعل كل قسم يسير في اتجاهات لا رابط بينها، ويرسم خططه التعليمية ويتبع منهجاً مختلفاً في التدريس مما يضيع التجانس والترابط بين الأقسام ويصعب إيجاد سياسة تعليمية واحدة في الكلية .

جـ - الإفراط أحياناً في وضع ساعات لتدريس المواد الشرعية لمجرد إظهار الأهمية أو كبر حجم المقرر أو صعوبة المادة مع عدم التدريس الفعلي لهذه المواد بهذا العدد من الساعات .

د - عدم شمول المناهج سواء في الخطط أو في التدريس، وفي المواد الشرعية والمواد القانونية على السواء لما ينبغي أن تشمله من موضوعات .

هـ - إن التدريس يتم من خلال مذكرات في الأغلب، وكتب مدرسية أحياناً لاتشفي غليلاً وليس فيها اجتهاد علمي له أهميته مما يجعل الطلاب في مستوى متدني من حيث القدرات العلمية والعملية .

و - إن الدراسات العليا بالكلية ضعيفة للغاية ، ولا تدرس مناهج تستطيع أن تخلق روح الفكر والابتكار لدى الطالب وهي تكرار ممل أحياناً لما يتم تدريسه خلال سنوات الدراسة .

٥ - ونرى أنه لاصلاح هذا الحال ، ينبغي اتخاذ الخطوات الآتية :

أولا: توحيد الأقسام العلمية في الكلية:

لم يعد منطقياً أن تستمر الأقسام الشرعية منفصلة عن الأقسام القانونية، وفي تقديري أن هذا الإنقسام الذي فرضه قانون عام ١٩٦٦م لم

يكن مقدراً له أن يستمر إلى أبد الآبدين ، بل كان بمثابة فترة انتقالية إلى أن تتقارب الأفكار، ويسود الجو العلمي والفكري الواحد في هذه الكلية ، لذا لاأرى الآن مبرراً للفصل بين الأقسام التي تدرس نفس المواد ويجب أن يتم دمجها في أقسام تخصصية واحدة .

وأقترح أن تظل أقسام أصول الفقه والفقه باقية مع تحديد اختصاص أقسام الفقه في تدريس العبادات ، والمواريث والوصايا والوقف والأحوال الشخصية للمسلمين ولغير المسلمين حتى يحصل دارسي هذه المواد على معلومات متعمقة تمكنه من مواجهة مشكلات الناس باعتبار أن هذه المسائل مطبقة عملياً ومحل تساؤلات دائمة من الناس ، وأن يلغى قسم الفقه المقارن وكذلك قسمي القانون العام والخاص . ويمكن إيجاد أقسام علمية جديدة في الكلية بدلاً من هذه الأقسام .

ثانياً: الدراسة المقارنة:

يجب أن تتم الدراسة في جميع الأقسام على الأساس المقارن ومن اللازم التعمق في الدراسة الشرعية والدراسة القانونية في الموضوع الواحد ، ويمكن أن يقوم بتدريس المادة الواحدة في مرحلة انتقالية ، أساتذة تخصصهم القانون وأساتذة تخصصهم الشريعة يقومون معاً بمقارنة حتى يعرف الطالب المادة من خلال الشريعة والقانون في نفس الوقت ، فتسهل المقارنة ، ويتسع الأفق ، وينطلق الاجتهاد .

ثالثاً: التحديد الدقيق والكامل للموضوعات التي يجب أن يتم تدريسها في كل مادة:

ويجب أن تقدم الأقسام العلمية الجديدة المحتوى العلمي للمواد بما يحقق الربط بين المنهجين الشرعي والقانوني وفقاً لما ينص عليه قانون تنظيم كلية الشريعة، مع تحديد الساعات المناسبة للتدريس دون إفراط ولا تفريط .

رابعاً: المراجع العلمية:

يجب اعتماد المراجع العلمية من مجلس القسم العلمي في بداية كل سنة دراسية ، ويمكن الاستعانة بمراجع تم تأليفها من غير أساتذة القسم ، ويجب استبعاد المذكرات من التدريس والاعتماد على المؤلفات العلمية ماأمكن ذلك مع تحديد أسعار الكتب بالشكل الذي يشجع ويساعد على التأليف العلمي.

وأقترح إنشاء جوائز للكلية من ريع الأموال التي يتم التبرع بها للجامعة بحيث تمنح سنوياً لأفضل المؤلفات التي توضع في الموضوعات التي يتم الإعلان عنها.

خامساً: الدراسات العليا:

يوجد أربعة دبلومات للدراسات العليا تمنح الماجستير والدكتوراه في أصول الفقه وفي الفقه المقارن وفي السياسة الشرعية ، وفي الفقه المذهبي ، ولاتوجد خطط علمية مفصلة للمواد التي تدرس في كل دبلوم ، لذا يجب زيادة عدد الدبلومات لشمول تخصصات أوسع ، وتحديد المواد تحديداً وافياً وأرى استبقاء دبلومي أصول الفقه والفقه المذهبي .

كما أقترح أن يتم إنشاء الدبلومات الآتية :

١ - دبلوم الدراسات الدولية .

٢ - دبلوم الدراسات الجزائية .

٣ - دبلوم الدراسات التجارية .

٤ - دبلوم المعاملات المدنية .

٥ - دبلوم الدراسات الإدارية .

٦ - دبلوم الإقتصاد الإسلامي .

٧ - دبلوم القوانين الإجرائية .

سادساً: الأقسام العلمية :

(١) قسم الدراسات الدولية .

ويقوم هذا القسم بتدريس كافة المواد المتصلة بالعلاقات الدولية من خلال منهج موحد مقارن يتفق عليه علماء الشريعة وأساتذة القانون الدولي · وفي تصوري أن هذا القسم يمكنه أن يدرس المواد الآتية :

في مرحلة الإجازة العالية :

١ - التنظيم الدولي للعالم ·

٢ - قواعد العلاقات الدولية العامة ·

٣ - قواعد العلاقات الدولية الخاصة ·

في مرحلة الدراسات العليا :

يقوم القسم بتدريس المواد الآتية :

١ - القانون الاقتصادي ·

٢ - القانون الدولي الانساني ·

٣ - قانون البحار ·

(٢) قسم الاقتصاد الإسلامي .

مواد مرحلة الإجازة العالية :

١ - تاريخ الفكر الاقتصادي الإسلامي ·

٢ - أصول الإقتصاد الإسلامي ·

٣ - المصارف والنقود من المنظور الإسلامي ·

٤ - مالية الدولة وتشريعات الضرائب مع التركيز على الزكاة والركاز·

مواد مرحلة الدراسات العليا :

١ - التنمية الاقتصادية في الإسلام ·

٢ - التجارة والسوق من المنظور الاسلام ·

٣ - التكافل الاجتماعي في الإسلامي .

(٣) قسم الدراسات الإدارية .

مواد الإجازة العالية :

١ - النظريات السياسية ونظام الحكم.

٢ - أصول التنظيم الإداري للدولة .

٣ - القواعد التي تحكم النشاط الإداري للدولة .

مواد الدراسات العليا:

١ - نظام المرافق العامة في الدول الحديثة .

٢ - العقود الإدارية.

٣ - قضاء الإلغاء وقضاء المظالم .

(٤) قسم الدراسات الجزائية .

مواد الإجازة العالية :

١ - الأحكام العامة للجريمة .

٢ - الحدود والقصاص في الفقه الرسلامي .

٣ - الجرائم الخاصة .

مواد الدراسات العليا :

١ - قانون العقوبات الاقتصادي .

٢ - التدابير الاحترازية .

٣ - الحرابة والإرهاب .

(٥) قسم المعاملات المدنية .

مواد الإجازة العالية :

١ - المدخل لدراسة علوم الشرائع .

٢ - نظرية الالتزامات .

٣ - دراسة لأهم العقود المدنية .

(البيع - الإيجار - التأمين - العمل - المرابحة - المضاربة).

٤ - المال والملكية .

مواد الدراسات العليا :

١ - أسباب اكتساب الملكية .

٢ - مصادر الحق .

٣ - فقه المعاملات وأهم التطبيقات العملية له .

(٦) قسم المعاملات التجارية .

موادالإجازة العالية :

١ - العقود التجارية .

٢ - الشركات التجارية والإفلاس .

٣ - الأوراق التجارية

٤ - التاجر والأعمال التجارية والمحل التجاري .

(٧) قسم المرافعات المدنية والجزائية .

مواد الإجازة العالية :

١ - تنظيم القضاء المدني والإداري .

٢ - تنظيم القضاء الجنائي .

٣ - أصول التحقيق والإثبات .

٤ - إجراءات تنفيذ الأحكام .

مواد الدراسات العليا :

١ - القضاء في الإسلام .

٢ - قواعد إثبات الجنايات والحدود .

٣ - المصلحة في الدعوى .

وعلى ضوء ذلك أقترح تعديل الدراسة في كلية الشريعة والقانون بإلغاء قسم الشريعة الإسلامية ، وجعلها قسماً واحد تكون الدراسة فيه على النحو الآتي :

السنة الأولى :

م	اسم المساق	عدد الساعات	القسم الذي يتولى التدريس
١	تاريخ التشريع الإسلامي	٣	أصول الفقه
٢	المدخل للفقه الإسلامي	٣	الفقه
٣	قواعد العلاقات الدولية العامة	٣	الدراسات الدولية
٤	تاريخ الفكر الاقتصادي في الإسلام	٢	الاقتصاد الإسلامي
٥	النظريات السياسية ونظام الحكم	٣	الدراسات الإدارية
٦	الأحكام العامة للجريمة	٣	الدراسات الجزائية
٧	المدخل لدراسة أصول الشرائع	٣	المعاملات المدنية
٨	مصطلحات قانونية وشرعية	٢	كلية اللغات والترجمة
٩	تمرينات عملية	٣	في الأحكام العامة للجريمة

السنة الثانية :

م	اسم المساق	عدد الساعات	القسم الذي يتولى التدريس
١	أصول الفقه (الحكم الشرعي)	٣	أصول الفقه
٢	فقه (الطهارة)	٣	الفقه
٣	التنظيم الدولي	٣	الدراسات الدولية
٤	أصول الاقتصادي الإسلامي	٣	اقتصاد إسلامي
٥	أصول التنظيم الإداري	٣	الدراسات الإدارية
٦	الحدود والقصاص	٣	الدراسات الجزائية
٧	نظرية الإلتزام	٤	المعاملات المدنية
٨	أصول التحقيق والإثبات	٣	المرافعات
٩	مادة بلغة أجنبية	٢	دراسة دولية
١٠	تمرينات عملية	٣	في أصول التحقيق والإثبات

السنة الثالثة :

م	اسم المساق	عدد الساعات	القسم الذي يتولى التدريس
١	أصول الفقه (مصادر الأحكام)	٣	قسم أصول الفقه
٢	الفقه (الصلاة)	٣	قسم الفقه
٣	الأعمال والعقود التجارية	٣	المعاملات التجارية
٤	الجرائم الخاصة	٣	الدراسات الجزائية
٥	البيوع والإيجارات	٣	المعاملات المدنية
٦	الشركات التجارية والإفلاس	٢	المعاملات التجارية
٧	النقود والمصارف من المنظور الإسلامي	٣	الاقتصاد الإسلامي
٨	تنظيم القضاء المدني والإداري		
٩	مادة بلغة أجنبية (قانون الحرب والسلام)	٢	الدراسات الدولية
١٠	تمرينات عملية (قضاء الإلغاء)	٣	الدراسة الإدارية

السنة الرابعة :

م	اسم المساق	عدد الساعات	القسم الذي يتولى التدريس
١	أصول الفقه (الأدلة)	٣	أصول الفقه
٢	الفقه (الزكاة)	٣	الفقه
٣	العلاقات الدولية الخاصة	٣	العلاقات الدولية
٤	عقود العمل (المضاربة ، التأمين ، المرابحة)، القراض .	٤	المعاملات الدولية
٥	الأوراق التجارية	٣	المعاملات التجارية
٦	تنظيم القضاء وأحكام الولايات	٣	المرافعات
٧	المالية العامة وتشريعات الضرائب	٣	الاقتصاد الإسلامي
٨	مادة بلغة أجنبية	٢	الدراسات الدولية
٩	تمرينات عملية (العلاقات الدولية الخاصة)		الدراسات الدولية

السنة الخامسة :

م	اسم المساق	عدد الساعات	القسم الذي يتولى التدريس
١	أصول الفقه (التعارض والترجيح بين الأدلة) .	٣	أصول الفقه
٢	فقه (الصيام والحج)	٣	الفقه
٣	المال والملك	٣	المعاملات المدنية
٤	إجراءات تنفيذ الأحكام	٣	المرافعات
٥	أحكام سير المرافق العامة	٢	الدراسات الإدارية
٦	تنظيم القضاء الجنائي	٣	الدراسات الجزائية
٧	تنازع القوانين والاختصاص الدولي	٣	الدراسات الدولية
٨	مادة بلغة أجنبية (الملكية)	٢	المعاملات المدنية
٩	تمرينات عملية (تنفيذ الأحكام)	٣	المرافعات

الدراسات العليا

دبلوم الدراسات الدولية :

١ - أصول فقه مع التعمق في المصادر والأدلة والأحكام .

٢ - قواعد الفقه الكلية

٣ - القانون الدولي الإقتصادي .

٤ - القانون الدولي الإنساني .

٥ - القانون الدولي مع التعمق .

دبلوم العلوم الجزائية :

١ - أصول فقه مع التعمق

٢ - قواعد الفقه الكلية

٣ - قانون العقوبات الاقتصادي

٤ - النظرية العامة للتدابير الاحترازية

٥ - قانون العقوبات مع التعمق .

دبلوم الدراسات التجارية

١ - القانون التجاري مع التعمق

٢ - عقود الاستثمار الدولية .

٣ - التحكيم التجاري الدولي

٤ - قانون الأعمال الدولي

٥ - الشركات المتعددة الجنسيات

دبلوم المعاملات المدنية :

١ - القانون المدني مع التعمق .

٢ - الأحوال الشخصية للمسلمين وطوائف غير المسلمين .

٣ - نظرية إنحلال العقود .

٤ - الاتجاهات الحديثة في المسئولية التقصيرية .

٥ - المصادر غير الإرادية للالتزام.

دبلوم الدراسات الإدارية:

١ - القانون الإداري مع التعمق .

٢ - نظرية المرفق العام في الاتجاهات المقارنة.

٣ - قضاء الإلغاء وقضاء المظالم .

٤ - العقود الإدارية .

٥ - الضبط الإداري .

دبلوم الاقتصاد الاسلامي:

١ - النظريات الاقتصادية من منظور إسلامي .

٢ - التنمية الاقتصادية من منظور إسلامي .

٣ - التكامل الإجتماعي في الإسلام .

٤ - التجارة والسوق من منظور إسلامي

٥ - البنوك - درسات مقارنة مع البنوك الاسلامي .

دبلوم القوانين الإجرائية:

١ - القضاء في الإسلام.

٢ - قواعد إثبات الجرائم والحدود.

٣ - المصلحة في الدعوى .

٤ - هيئات تسوية المنازعات التجارية .

٥ - الاتجاهات الحديثة في سندات التنفيذ .



تعقيب على الجلسة الرابعة
للدكتور جاسم علي سالم ناصر *

منذ عام ٩١/٩٠ كُلفت مع بعض زملائي بالكلية بتولي وضع مشروع خطة دراسية لهذه الكلية مع الأخذ في الاعتبار جهد المقيمين للكلية على مدار السنوات السابقة .

ولم يكن هذا التكليف بالأمر الهين ، خاصة أنني ابن هذه الكلية ، حيث كنت يوماً أحد طلابها الذين تلقوا العلم في قاعاتها وبها تلقينا علوم الشريعة والقانون .

ولذا كان ما تحصلنا عليه من المعرفة والعلوم بها ، وكذلك طبيعة البيئة الاسلامية الرفيعة التي نعيشها ، منعكس على موقفنا من الانتصار لعدم الفصل بين الثقافة القانونية و الشرعية وهو كما قلنا انعكاس لتجربتنا الذاتية .

وبداية عملنا كلجنة لوضع مشروع الخطة ، اتجهنا بداية إلى الواقع الاجتماعي لهذا المجتمع فرأينا أن المجتمع قد جبل على تحكيم شرع الله دائماً في كل شؤونه العامة والخاصة.

ولم نأل جهداً في التشاور مع الآخرين ذوي الخبرة في ذلك وطرقنا أبواباً كثيرة ومنها وزارة العدل للتشاور مع الأخوة هناك للوصول إلى مايجب أن تكون عليه هذه الخطة .

والحقيقة أن تصورات الاتصال بين الثقافتين كثيرة إلا أنه ليس الفصل بين الثقافتين منها.

---

* مساعد العميد لشئون البحث العلمي ومدرس قانون المعاملات المدنية بالكلية.

ومن خلال اطلاعنا عن قرب على الدور الذي تلعبه السلطة القضائية وما استقته التشريعات في دولة الامارات من النبع الاسلامي الغزير وعلى سبيل المثال في قانون المعاملات المدنية الصادر في سنة وكذلك قانون العقوبات الصادر في سنة ١٩٨٧ وكذلك قانون الاجراءات المدنية والتجارية وغيرها من التقنينات الصادرة في الدولة ، بل إن السلطة التشريعية في الدولة قد جعلت المصدر الرسمي الثاني فيها هو أحكام الفقه الاسلامي لا العرف كما هو الشأن في كثير من الدول العربية .

فكان لزاماً على رجال القضاء أن يكونوا مضطلعين على الثقافة الاسلامية ناهلين من نبعها ثم عارفين بالمنهج المنطقي للتقنينات الحديثة التي قد تغنيك عن التفصيلات الفرعية التي اعتمدها معظم فقهاؤنا .

ونتيجة لهذا كله كان لابد من البحث عن أفضل السبل للوصول إلى أفضل النتائج التي يجب أن يكون عليها خريج هذه الكلية والذي سيغذى بها جهاز السلطة القضائية .

فنتجت الخطة الحالية التي اعتمدت دمج الثقافتين الشرعية أو الفقه الاسلامي بتعبير أصح والتقنين الحديث وفقهه .

لكن هذا الدمج المطلوب للخطة قد تواجهه بعض الأمور التي قد يتصورها البعض بمعضلات وهي كالآتي :

(أ) - الاحتجاج بعدم توافر أساتذة قادرين على تدريس الشريعة والقانون كموضوع واحد .

إننا لو سلمنا بذلك لما تقدمنا خطوة واحدة ، وتوقفنا نستجلب الحظ الذي ينقذنا مما نحن فيه ، ولكن كان لابد لنا من المضي فيما عزمنا عليه . وبسبر غور الهيئة التدريسية رأينا أن أفضل طريقة لتوفير هذا العضو ، هو التأهيل الذاتي ،

بأن يحاول عضو هيئة التدريس بأن تملك وسائل الجمع بين الثقافتين ، وهذا الأمر ليس بالمشكل حيث رأينا كثير من أساتذة القانون قد ألم بالثقافة الاسلامية والتي انعكست على كتاباته .

وكذلك هناك الكثير من الأساتذة المتخصصين بالفقه الاسلامي من حظي بالجمع بين هاتين الثقافتين والصعوبة ليس في النهل التبادلي بين هاتين الثقافتين إنما الصعوبة التي رأيتها على البعض هي بأنه كيف يبدأ ؟

وبهذا الصدد كنا قد عقدنا مجموعة ندوات في تحضير مادة شرعية وفقاً للمنهج القانوني الجديد وكان ذلك ثمرة للقاءات متعددة بين كليتنا ووزارة العدل متمثلة في سعادة النائب العام مع مشاركة ومساهمة بعض الأخوة من أعضاء هيئة التدريس الأفاضل في هذه الكلية .

وكان لنا النجاح في إيجاد صورة لدمج الثقافة القانونية الشرعية وذلك بشهادة الكثير من أعضاء السلطة القضائية وكذلك القائمين في السلك القانوني والشرعي . وقد قام أعضاء هيئة التدريس بالكلية مشكورين وهم أساس ثقافتهم شرعية بالاستفادة من النهج القانوني في تأصيل وتنظير محاضراتهم .

(ب) وإذا قيل ماهي الحلول السهلة المفيدة في إعداد الأعضاء الحاليين لهذه المهمة وتنمية قدراتهيم بالشكل الذي تصبوا إليه الجامعة والكلية والمجتمع العربي والاسلامي كذلك . .

الإجابة هي ماذكرناه آنفاً من التنمية الذاتية ، خاصة أن هناك الآن كثير من الكتابات التي يجب الاستهداء بها في الوصول للغايات المنشودة .

وهذه الكتابات تبدو واضحة جلية قريبة للفهم مثل الموسوعات الفقهية العربية كالموسوعة المصرية والموسوعة الكويتية والموسوعة المغربية المعيار المقرب للونشيريسي وغيرها من الموسوعات في مختلف موضوعات الفقه التي قام بها لفيف من العلماء سواء في الأزهر أو غيره من الجامعات الاسلامية، وكذلك هناك البحوث الفقهية الناقدة التي جمعت فأوعت لهذا النقد الباني للتحصيل العلمي النافع غير المقيد إلا بالقواعد الثابتة المستقرة التي لاتتغير مع تغير الزمان . أما ما يمكن تغييره مع تغير المصلحة في المجتمع فكان النهج الحديث مع الرجوع إلى المنبع للاستفادة من المناقشات الفقهية وتعليلاتها .

وكذلك الأخوة المتخصصين في العلم الشرعي لابد لهم من معرفة طرق التعليل للأحكام والنصوص وفقاً للمنهج القانون الحديث .

ولزوم هذا الأمر للقضاة الشرعيين أكثر الآن ، خاصة بعد أن عدل رئيس الدولة جزاه الله خير جزاء المسار الذي كان يجب اتباعه . وهو أن يكون الأصل في عرض القضايا الجنائية والحجج على الدوائر الشرعية لمعرفة مدى توافر أركان الحدود أو جرائم القصاص وكذلك توافر شروط الدية أو الارش أو حكومة العدل .

إلا أنه يجب على المتخصصين في الشريعة أن لاينسوا أن التعازير هنا ليست مطلقة بحيث يضع العقوبة التعزيرية كيفما شاء وفقاً لاجتهاده . فذلك غير سليم حيث أن السلطة التشريعية - وخير فعلت - وضعت التعازير في شكل تقنين فإذا لم تتوافر شرائط وأركان الحد على الجاني والواقعة كان هناك تعزيراً مقنناً وهذا أكثر فائدة من مظنة محاباة القاضي مثلاً .

(ج) - العوامل التي تساعد على خدمة تطبيق فكرة الدمج :

١ - وضع الكتب المبنية على فكرة الدمج من حيث موضوعاتها والاستعانة

في ذلك إما بالقادرين أصلاً على الكتابة في الشريعة والقانون في الكلية أو الاستعانة بالخبرة العربية والاسلامية في ذلك من حيث الإشراف والاستشارة في حالة عدم وجود الشخص ذوي الخبرة بالكلية ، وهي مرحلة قد قطعت كلية الشريعة والقانون بدولة الامارات شوطاً لابأس به مع حداثة التطبيق ٠

٢ - تخطيط الأقسام بالكلية وهي الخطوة التالية التي قامت بها الكلية بغية الوصول إلى الدمج وهو تقسيم الأقسام من حيث مدى انسجام موضوعاتها مع بعض لا على أساس التقسيم من حيث هذا شرعي وذاك قانوني ، وإلا كان هذا التقسيم الأخير بمثابة السد المنيع في وجه الاندماج المطلوب ٠

والتقسيم هنا جاء على حسب هوية الموضوع الذي يُدَّرس فهل هو معاملات بين الأفراد أو من في مراكزهم ٠٠ أم أحكام السلطة باعتبارها ذات سيادة ، فكان لابد أن يكون لكلا هذين الموضوعين قسماً تنظوي تحته هذه الموضوعات ٠

وهناك قسم ثالث وهو قسم الأساسيات ، فهو قسم عظيم لايقل درجة عن الأقسام الأخرى من حيث أنه المورد لكل هذه الأقسام ، فنحن لم نقصره على أصول الفقه وهو الطريق الأوحد لتفسير النصوص الذي اختاره المشرع في دولة الامارات ، إنما ضم هذا القسم جمع من الدراسات الأولية التي تغذي الموضوعات الأخرى ونقصد بالدراسات الأولية الأخرى كمدخل العلوم القانونية ومدخل التشريع وعلم الإجرام والعقاب والقانون والمجتمع وأساسيات التشريع ، ومع تطور هذا النهج قد يتطلب توسعة هذا القسم بحيث يضم دراسات أخرى كعلم الاجتماع القانوني والاقتصاد القانوني وكذلك علم النفس القانوني ٠٠ وغيره من العلوم التي تؤدي إلى صقل الطالب أو الخريج بحيث توسع مداركه العلمية والفنية ٠

وهذا يحتاج إلى دراسات أخرى ووقفات بحيث يصل إلي النهج الذي نرتضيه وتتحقق به خطة كلية الشريعة والقانون و التي عليها المعول في تخريج القضاة وأتباعهم من وكلاء النيابة والمحامين وكتبة العدل والمستشارين القانونين .. وغيرهم .

وكل ذلك إذا عرفنا أهمية دور القاضي الذي هو الركيزة في المجتمع والذي نحاول من خلاله بأن نعد الطالب ليتبوأ هذا المكان ، فإذا قلنا أن الطبيب المعالج لحالات الإصابة يشفي مريضاً أو عدة مرضى من علل أصابتهم فإن القاضي له دور مزدوج فدوره في شفاء المجتمع كله ، إلى جانب دوره في الحفاظ وصيانة المجتمع من الأمراض الاجتماعية والأخلاقية والمخالفة للدين والأعراف .

وفقنا الله جميعاً لمصلحة هذا البلد ،،

الجلسة الخامسة

توحيد التعليم الشرعي والقانون: الخريج والمدرس وطرق التدريس

رئيس الجلسة: **أ٠د٠ علوي أمجد**

عميد كلية شرطة دبي

المتحدثون: **أ٠د٠ عبدالناصر العطار**

أستاذ وعميد سابق بكلية حقوق أسيوط ٠

أ٠د٠ محمد أحمد سراج

رئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية ٠

د٠ محمد عبدالمنعم حبشي

أستاذ مساعد بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات

المعقب: **د٠ محمد عبدالله الركن**

مدرس بكلية الشريعة والقانون



"إعداد خريج يجمع بين الشريعة والقانون"

للأستاذ الدكتور / عبدالناصر توفيق العطار *

لاشك أننا في حاجة إلى خريج يجمع بين الشريعة والقانون . في القانون يعرف القواعد الملزمة التي تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع . وفي الشريعة يعرف حكم الله عز وجل فيما يجري ومايبنبغي أن يكون عليه سلوك الفرد والجماعة . وبالشريعة والقانون يجمع بين الدين والدنيا .

غير أنه لإعداد هذا الخريج ، جرت محاولات تحتاج إلى تقييم ، وأثيرت آراء وأفكار تحتاج إلى تمحيص. ونتناول تلخيص ذلك فيما يلي : -

اولا: تعديل مناهج كليات الشريعة ، وظهور كليات الشريعة والقانون :

جرت في بعض البلاد الاسلامية تعديلات في مناهج كليات الشريعة ، بإدخال الدراسات القانونية ضمن هذه المناهج ، بهدف أن يكون لدينا الفقيه المسلم العالم بما يجري في الحياة من أمور ليجري حكم الشرع فيها . ثم ظهرت كليات شريعة وقانون تحتذى بما حدث .

وكان لهذه الظاهرة مزايا وعيوب . ومن أهم مزاياها أنها أفرزت في دراساتها العليا دراسات مقارنة بين الشريعة والقانون ، أثرت كلاً من الدراسات الشرعية والدراسات القانونية . وكان من أهم عيوبها أن الذين قاموا بتدريس الشريعة الاسلامية لطلبتها لم يتعرضوا تفصيلاً لبيان حكم الشرع فيما نصت عليه القوانين من أحكام لمشكلات العصر ، كما أن الذين قاموا بتدريس القانون لم

---

* أستاذ بكلية الحقوق - جامعة أسيوط .

يتعرضوا لبيان حكم الشرع فيما يشرحونه من أحكام القانون ، فازدوج التعليم وأصبح العبء ثقيلاً على الطلاب في الاستيعاب والمقارنة والاستنباط .... الخ .

ثانياً: تعديل مناهج كليات الحقوق ، بالتوسع في الدراسات الشرعية بها:

وهي محاولة قمت بها بكلية الحقوق جامعة أسيوط ، حيث اقترحت تعديل مناهج الشريعة الاسلامية وزيادة مقرراتها ، وأسفرت المحاولة عن موافقة لجنة قطاع الدراسات القانونية علي تعديل محدود للائحة الكلية صدر به قرار وزاري يجعل : **(أ)** مادة مدخل الفقه الاسلامي بالفرقة الأولى ، تشمل المدخل والسياسة الشرعية، بهدف أن يدرس الطالب شيئاً من أحكام الشريعة الاسلامية التي تنظم سلوك الدولة باعتبارها ذات سلطة وسيادة (كنظام الحكم في الاسلام ، أو نظام الادارة في الاسلام ، أو نظام التجريم والعقاب في الاسلام ، أو العلاقات الدولية في الاسلام... أي يدرس شيئاً من أحكام الشريعة الاسلامية فيما ينظمه فرع من فروع القانون العام من سلوك) ، **(ب)** وفي الفرقة الثانية أحكام الأسرة من زواج وطلاق وحقوق أولاد ونفقات أقارب **(ج)** لكن في الفرقة الثالثة مواريث ومعاملات مالية ، فحذف تدريس الوقف وأضيفت المعاملات المالية ، بهدف أن يدرس الطالب شيئاً من أحكام الشريعة الاسلامية التي تنظم ماتنظمه فروع القانون الخاص (القانون المدني - التجاري - المرافعات - الزراعي - العمل ... الخ) من سلوك . **(د)** وفي الفرقة الرابعة أصول فقه وقواعد فقهية ، بهدف أن يجمع الطالب بين دراسة أصول الفقه وقاعدة من القواعد التي تكون أساساً لنظرية عامة في الفقه الاسلامي . ونجاح هذا التعديل يقوم على جهد المتخصصين بتدريس الشريعة الاسلامية في إثراء الدراسات الشرعية بشيء ولو قليل يكثر مع الزمن ، وتكون له قيمته إذا كان فيه عمق ، والدارسون فيه عدد كبير . غير أن لجنة قطاع الدراسات القانونية لم تسمح بزيادة في عدد ساعات تدريس الشريعة الاسلامية

ولو ساعة واحدة في كل فرقة ، والمقرر الآن ساعتان لكل فرقة مما يحد من مزايا هذا التعديل . كذلك تم تعديل دبلوم الشريعة الاسلامية بالدراسات العليا ، إلى دبلومين أحدهما دبلوم الفقه الاسلامي المقارن ، ليعد الطالب للتعمق في الدراسات المتعلقة بفروع القانون الخاص من وجهة النظر الشرعية ، ودبلوم السياسة الشرعية، ليعد الطالب للتعمق في الدراسات المتعلقة بفروع القانون العام من وجهة النظر الشرعية ، بحيث أن الحاصل على دبلوم القانون الخاص ويريد تحضير رسالة دكتواره مقارنة بالشريعة الاسلامية لايسمح له بذلك إلا إذا حصل على دبلوم الفقه الاسلامي المقارن ، والحاصل على دبلوم القانون العام ويريد تحضير رسالة دكتوراه مقارنة بالشريعة الاسلامية لايسمح له بذلك إلا إذا حصل على دبلوم السياسية الشرعية ، حيث لوحظ أن طلاب الدكتوراه الراغبين في المقارنة بالشريعة الاسلامية قد لاتكون لديهم حصيلة من دراسة مع التعمق في الشريعة الاسلامية في موضوعهم مع وجود دبلوم الشريعة الاسلامية بوضعه الحالي بكليات الحقوق ، ومن شأن وجود الدبلومين سالفي الذكر تحقيق هدف التعمق والتخصص مع إثراء الدراسات الشرعية خصوصاً في مجال السياسة الشرعية . والتجربة حديثة وموضع تقييم .

ثالثاً: توحيد كليات الشريعة والحقوق:

كان هناك اتجاه لتوحيد كليات الشريعة والحقوق ، بحيث لاتكون هناك كليات للحقوق ولا كليات للشريعة الاسلامية ، وإنما كليات تجمع بين مناهج الشريعة والحقوق ، باعتبار أن ظهور هذا الازدواج كان تكريساً لوضع شاذ أهملت فيه كليات الشريعة ودعمت فيه كليات الحقوق .

وهذا الاتجاه فيه خطورة . ذلك أن إدماج كليات الحقوق وكليات الشريعة في كليات موحدة ، سيسفر في الظروف الحالية عن إلغاء كليات الشريعة والإبقاء على كليات الحقوق مع تعديل مناهجها بالتوسع في دراسة الشريعة الاسلامية ، وهو

توسع لن يصل إلى عمق الدراسة المطلوبة من كليات الشريعة . وحاجتنا اليوم ليست فقط إلى خريجين للحقوق يفهمون أحكام الشريعة الاسلامية ، بل هي قبل ذلك التعمق في دراسة الشريعة الاسلامية والاستنباط من مصادرها للتعرف على الحكم الشرعي لما استجد من مشكلات العصر ، وهو أمر يحتاج إلى تخصص يمكن أن تقوم به كليات الشريعة ويصعب أن تقوم به الآن كليات الحقوق مع مايغلب فيها من أساتذة غير متخصصين في الشريعة الاسلامية .

رابعاً: توحيد الدراسة بكليات الشريعة والقانون:

هناك اتجاه لتوحيد الدراسات بكليات الشريعة والقانون لإعداد خريج يجمع بين الثقافتين الشرعية والقانونية . وهذا التوحيد يتم بأحد طريقتين : -

أ - التدريس بالتبادل:

وذلك بأن يقوم بتدريس المادة في عام أستاذ قانون مثلاً ، ليشرح المادة شرحاً قانونياً تفصيلياً ، على أن يقارن بأحكام الشريعة الاسلامية قدر جهده .
وفي العام التالي يقوم بتدريس نفس المادة أستاذ شريعة إسلامية يشرح المادة شرحاً شرعياً تفصيلياً ، على أن يقارن بأحكام القانون على قدر جهده .

ومن مزايا هذه الطريقة أنها تنقل عبء الجمع بين الثقافتين الشرعية والقانونية إلى الأستاذ دون أن يتشتت ذهن الطالب بين عرض أستاذ الشريعة للمادة في واديه الشرعي ، وعرض أستاذ القانون لها في واديه القانوني .

ومن عيوب هذه الطريقة أنها ستفرز طلاباً درسوا مواداً كان الشق القانوني فيها أوفر ، وآخرين من دفعة تالية درسوا هذه المواد وكان الشق الشرعي فيها أوفر، هذا إلى جانب أن أحد الأستاذين الشرعي أو القانوني قد لايغطي شرحه الجانب المعمول به في البلد الذي يدرس فيه ، فمثلاً في بلد يطبق أحكام الشريعة

الاسلامية في المادة المدروسة قد لايغطي أستاذ القانون الجوانب الشرعية المطلوبة في المادة والتي تكون محل التطبيق ، وفي بلد يطبق أحكام القانون قد لايغطي أستاذ الشريعة الجوانب القانونية المطبقة في المحاكم ·

وقد تتلاشى العيوب السابقة تدريجياً عندما تكثر هذه الدراسات ، فيطلع أستاذ الشريعة على ماكتبه أستاذ القانون في المادة ، ويطلع أستاذ القانون على ماكتبه أستاذ الشريعة فيها ، ويحاول كل منهما أن يقترب من الآخر بمنهج متكامل يجمع في تفصيل أو عمق بين الشريعة والقانون ·

ب - التدريس بالمشاركة :

وذلك بأن يشترك كل من أستاذ الشريعة وأستاذ القانون في تدريس المادة في نفس العام · وهذه المشاركة قد تتخذ :

(أ) صورة أن يقوم كل أستاذ بتدريس جزء من المادة · وعيب هذه الصورة أنها ستشتت فكر الطالب بين المصطلحات الشرعية التي يستخدمها أستاذ الشريعة والمصطلحات القانونية التي يستخدمها أستاذ القانون ، وقد تكون هناك اختلافات بين هذه المصطلحات وتلك ·

(ب) صورة أن يتفاهم كل من أستاذ الشريعة وأستاذ القانون حول منهج الدراسة وطريقة تدريس المادة مقارنة بين الشريعة والقانون ، ويتعاونان في وضع منهج وطريقة التدريس التي تتلافى تشتيت ذهن الطالب ، وتجعله على بصيرة بكل من مصطلحات وحلول كل من الشريعة والقانون في الموضوع محل الدراسة ·

خامساً: الاستفادة من مشروعات تقنين أحكام الشريعة الاسلامية :

هناك مشروعات لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية أهمها مشروعات مجمع البحوث الاسلامية بالأزهر لتقنين المذاهب الفقهية الأربعة ، كل على حدة ، وهي مطبوعة ومنشورة · وهناك مشروعات تقنين الشريعة الاسلامية التي قامت بها لجان

بمجلس الشعب في مصر وأسفرت عن مشروع قانون المعاملات المدنية ومشروع قانون الاثبات ومشروع قانون التقاضي ومشروع قانون العقوبات ومشروع قانون التجارة ، ومشروع قانون التجارة البحرية . وهناك جهود أخرى لبعض الجهات ولبعض الأفراد لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية .

ويمكن الاستفادة من مشروعات تقنين أحكام الشريعة الاسلامية لإعداد خريج يجمع بين القانون والشريعة ، وذلك بالتصدي لدراسة وتدريس مواد هذه المشروعات ضمن المناهج التي تدرس سواء كانت مناهج شرعية أم مناهج قانونية ، كما يمكن أن تكون هناك مادة جديدة باسم مشروعات تقنين أحكام الشريعة الاسلامية . ذلك أن دراسة هذه المشروعات وتدريسها يؤدي إلى دراسة تجمع بين الشريعة والقانون ، وتؤصل الحكم في الشريعة والقانون ، وتساعد على عرض حكم كل من الشريعة والقانون في المشكلة المعروضة ، مما قد يؤدي إلى منهج موحد لإعداد خريج يجمع بين الشريعة والقانون.

والله ولي التوفيق ،،،

تدريس الفقه التجاري الإسلامي

للأستاذ الدكتور محمد احمد سراج *

تحديد مجال البحث:

يتناول هذا البحث مجالا محددا هو تدريس الفقه التجاري الإسلامي في كليات الشريعة الإسلامية وأقسامها . وإنما يقصد بالفقه التجاري الاسلامي تلك الموضوعات الفقهية التي تشمل كلا من : فقه الشركات ، والنظام المصرفي الاسلامي ، والأوراق التجارية والمالية ، والإفلاس ، وبعض المعاملات التجارية ، وتتضح ضخامة هذه المشكلة ، التي لا يمكن الإلمام بجوانبها في هذا البحث الصغير، بالنظر إلى عدد هذه الموضوعات التي يجرى تدريسها أو تدريس بعضها لأعداد متزايدة من الطلاب في كليات الشريعة ومعاهدها وأقسامها التي يزداد الإقبال عليها بصفة منتظمة .

وتؤثر مناهج تدريس هذه الموضوعات في تكوين عقل الطالب وقدرته على فهم موجبات العدالة وإقرارها في هذه المجالات مما ينعكس بدوره على مسيرة المجتمع وتطوره .

ويهدف هذا البحث الموجز إلى وضع مناهج الدراسة الفقهية في هذا المجال الذي يصدق على غيره موضع الاختبار ، وهو ما يقتضي التعرف على هذه المناهج وتحديد مزاياها وغاياتها وكشف بعض ما قد تشتمل عليه من أوجه القصور . والمأمول أن يقود هذا التحليل الواقعي النقدي لتدريس موضوعات الفقه التجاري الإسلامي في كليات الشريعة وأقسامها إلى صياغة خطة عملية تحدد أهداف دراسة

---

*رئيس قسم الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية .

هذه الموضوعات ومناهج تدريسها والمقترحات اللازمة لتطوير الاهتمام بها ٠

واللافت للنظر أن كليات الشريعة وأقسامها بالجامعات المختلفة لا تلقى بالا إلى مراجعة مناهج تدريس الفقه الإسلامي وأصوله وقواعده ، ولا تتناول مناهج دراسة موضوعاته المختلفة بالنقد والتحليل لرصد واقعه ومعرفة أوجه القصور في المناهج والتخطيط ، والنتيجة هي ما نلاحظه جميعا من ضعف مستوى الخريجين في مراحل التعليم المختلفة ، وعدم قدرة هؤلاء الخريجين في كثير من الأحايين عن القيام بواجباتهم التي انتدبوا لها ٠ وآمل أن يكون هذا المؤتمر فرصة للتنبيه بأعلى صوت إلى وجوب العمل على مراجعة النفس لتحديد الهدف وإعادة تحديده حتى يتضح تماما وحتى تستطيع كليات الشريعة ومعاهدها وأقسامها القيام بواجباتها المأمولة ٠ إن لدينا مشكلة ضخمة هي هذه الازدواجية بين التعليمين الفقهي والقانوني ، فهل نستطيع أن نفعل شيئا حيالها ؟ وقد صار الأمر إلى شيوع مناهج التلقين والحفظ والاعتماد على الذاكرة فيما نعرف جميعا مظاهره ، فهل يمكن تجنب مثل هذه المناهج ؟ أو تخفيف آثارها في الأقل ؟ إن طرح هذه الأسئلة والإجابة عنها قد أصبح أمرا واجبا الآن أكثر من أي وقت آخر مع ما نرجوه لكليات الشريعة وأقسامها من القيام بواجبها في تطوير التفكير القانوني في البلاد الاسلامية والخروج به من أزمته الراهنة التي نلمسها جميعا في ازدواجية الثقافة القانونية والتتلمذ المستمر على العقل القانوني الغربي والإفراط في تقليد هذا العقل ٠

إنني لا أسعى إلى تحميل كليات الشريعة أو القانون المسئولية عن هذه الأزمة، ولكنني لا أتردد في اعتبارها مسئولة عن وجوب العمل على الخروج منها ٠ والسبيل إلى ذلك فيما يبدو لي هو الجدية وبذل الجهد والاجتهاد في تقديم خدمة تعليمية متميزة تسهم في اعداد الطالب إعدادا جيدا وتمكنه من التفكير الخلاق وتعينه على القيام بواجبه في تطوير التفكير القانوني وإنهاء هذه الازدواجية٠

ونظرا لاشتمال هذا البحث على عدد من القضايا العامة التي لا يستطاع الدخول إلى الموضوع الرئيسي للبحث دون تأملها فإن الواجب يقتضي تقسيم هذا البحث إلى قسمين أساسيين ، أولهما ذو طبيعة عامة والثاني خاص بتطبيق هذه المعايير العامة على الفقه التجاري ·

اولا : القضايا العامة

وظيفة كلية الشريعة والقانون ورسالتها :

تعمل كلية الشريعة في المقام الأول على تكوين العقلية الفقهية والقانونية للطالب على نحو يمكنه من فهم النصوص الشرعية والقانونية وتطبيقها في الواقع العملي · ويستلزم ذلك تدريس المبادىء الشرعية العامة والقوانين الأساسية بمنهج تحليلي يربط بين هذه المبادىء وهذه القوانين المستمدة من المبادىء الشرعية · ومن الواضح أن عددا من القوانين المطبقة في دولة الامارات مستمدة من الشريعة الاسلامية ومن مذاهب الفقهاء طبقا لما يدل عليه قرار مجلس الوزراء رقم ٥/٢٦ لسنة ١٩٧٨ بتشكيل لجنة عليا للتشريعات الاسلامية ، وتفويض معالي وزير العدل في تشكيل لجنتين فرعيتين ، احداهما للقوانين الجنائية والأخرى للقوانين المدنية والقانون التجاري والقانون البحري وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، وذلك لتقوم هذه اللجان باعداد ومراجعة القوانين بما يتفق مع أحكام الشريعة الاسلامية · وقد أصدر معالي وزير العدل والشئون الإسلامية والأوقاف القرارات الخاصة بتشكيل اللجنتين الفرعيتين المشار اليهما والأمانة الفنية والأمانة الإدارية لهما " · وصدرت بالفعل عن هذه اللجان القوانين المشار إليها ·

وفي ضوء ذلك فإن على كلية الشريعة والقانون في الإمارات رسالة إضافية، هي القيام بالربط بين هذه القوانين المطبقة وبين أصولها الشرعية لتطوير هذه

القوانين على المستوى المحلي ولضرب المثل للدول العربية والاسلامية الأخرى في اكتشاف الطريق للقضاء على الإزدواجية في التعليم الفقهي والقانوني . ويستلزم ذلك تشجيع البحث العلمي في الكلية والتعجيل باتخاذ الخطوات الكفيلة بانشاء أقسام الدراسات العليا وتطوير الأداء فيها بما يخدم هذه القضية . وهكذا فإن على كلية الشريعة والقانون أن تقوم بتطوير التفكير الفقهي القانوني في إطار تجربتها الخاصة في استمداد بعض قوانينها أو أكثرها من أصول الشريعة الاسلامية وقواعدها الكلية. ويتعين لهذا توضيح المبدأ الشرعي الذي تقوم عليه القاعدة القانونية وصياغة الكتب الدراسية على هذا الأساس والتعريف بالمراجع الفقهية والشرعية التي قد يرجع اليها الطالب للقراءة حول هذا المبدأ الشرعي . وعلى سبيل التوضيح فإن المذكرة التفسيرية للمادة ١٣٢ من القانون المدني الاماراتي تشير إلى عدد من كتب الفقه وبعض القواعد الفقهية التي يتعين استحضارها للتعريف بما جاءت به هذه المادة فما يتعلق بنظرية التعبير عن الارادة . وإنما وجب ذلك لأن المادة الثانية من القانون المدني تقضي بالرجوع إلى فهم النص وتفسيره وتأويله وفق قواعد الفقه الاسلامي .

وفي اعتقادي أن نجاح كلية الشريعة في الربط بين الصياغات القانونية وأصولها الشرعية المستمدة منها سيؤدي إلى إحداث تطوير بالغ الأثر في التفكير الفقهي والقانوني علي السواء ، وسيساعد على خلق جيل يعتز بتراثه الفقهي ويستطيع أن يفهمه في سياقه الحديث وفي تطبيقاته المعاصرة بعيدا عن الانغلاق والجمود أو الانطلاق الذي لا يتقيد بمصلحة المجتمع . إن مهمة كلية الشريعة والقانون في الامارات بايجاز هي تكوين العقلية الفقهية والقانونية للطالب في إطار من الربط بين نصوص القوانين المستمدة من الشريعة الاسلامية وبين أصول هذه القوانين من قواعد فقهية ومن نصوص شرعية ، وصلا بين الحاضر والماضي ، ومعاونة للطالب علي تفسير القوانين وفهمها وتطبيقها في الواقع العملي عند

توليه مسئوليته العملية قاضيا أو محاميا أو موظفا .

ومن المحتمل ألا أكون قد وفقت إلى صياغة رسالة كلية الشريعة والقانون في الامارات صياغة كاملة ونهائية . غير أنني أريد أن أؤكد على أن الظروف الخاصة لهذه الكلية ووقوعها في دولة تتجه إلى تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية تستلزم صياغة أهداف الكلية في هذا الإطار .

مناهج الدراسة الفقهية: نظرة نقدية

يغلب على الدراسة في كليات الشريعة وأقسامها اتباع هذه المناهج التالية:

١- ***المنهج النصي:*** يقوم هذا المنهج على تعيين كتاب أو أكثر من المختصرات المشهورة في المذاهب كاللباب ومختصر القدوري والهداية والمنهاج ومختصر خليل للدراسة . ولا شك في إفادة هذاالمنهج من جوانب عديدة ؛ لمساعدته الدارس في معرفة اللغة الفقهية وإقدار الطالب على الوعي بأساليب الفقهاء في التعبير عن القضايا الفقهية ومعرفة الأدلة ومتابعة الخلاف الفقهي وتربية العقلية الجدلية التي تنظر للأمر من جوانبه المتعددة . ويعد هذا المنهج أقدم طرق التعليم الفقهي ، حيث استمر قرونا عديدة ، وسيطر بمفرده على التعليم الفقهي حتي العصر الحديث ، وهو الذي كان متبعا - ولا يزال - في الأزهر الشريف عندما بدأنا الدراسة الفقهية في منتصف هذا القرن ، ونحن لم نتجاوز العاشرة إلا بقليل .

ولا توجد دراسة منهجية توضح أوجه القصور والمتطلبات prerequisites التي يلزم توافرها في الدارس بهذا المنهج ومدى ملاءمته للمبتدئين وعلى الأخص في التعليم الإعدادي والثانوي . وأتصور الآن من خبرتي الشخصية أن الذاكرة هي التي تتعامل مع هذا النوع من الدراسة النصية. ولاتؤتي هذه الدراسة ثمارها إلا إذا توافرت للطالب جملة معارف لغوية وفنية تتعلق بلغة المختصرات وأساليب الفقهاء في التعبير عن القضايا الفقهية وطبيعة المسائل الفقهية ومراد مؤلفي هذه

المختصرات منها . وهناك عدة أسئلة تلزم الإجابة عنها للتعامل الصحيح مع هذا المنهج . من بينها :

- متى يمكن تقديم الدراسة النصية للطالب ؟ في السنة الأولى أو في الفصول النهائية؟
- هل يلزم انحصار الدراسة النصية في مؤلف واحد أو يلزم التنوع في ذلك ، واستخدام أكثر من كتاب واحد ؟ ومن مذهب واحد أو عدة مذاهب ؟
- ما أولى الموضوعات الفقهية بالدراسة النصية إن لم يمكن تغطية جميعها ؟

٢-**المنهج المتعلق بدراسة فقه الكتاب والسنة:** يدور هذا المنهج حول النصوص التشريعية المتضمنة في القرآن الكريم والسنة النبوية على النحو الذي نجده في نيل الأوطار للشوكاني وسبل السلام وتفسير الأحكام لأستاذنا المرحوم محمد على السايس. ويهدف هذا المنهج إلى الاقتراب من أصول التشريع الاسلامي وتعريف الطالب بكيفيات الاستنباط للأحكام من هذه النصوص . ولا يصلح هذا الأسلوب للطلاب المبتدئين في الدراسة الفقهية ، ويحسن أن يتأخر تقديمه للطلاب - فيما يبدو لي - إلى ما بعد تعريفهم بمبادىء علم أصول الفقه . وقد يصدق القول بأن هذا المنهج لا يناسب طلاب المرحلتين الإعدادية والثانوية . ومع هذا فمن الواجب التفكير في أسلوب تقديم الدراسة القائمة على فقه الكتاب والسنة والموضوعات الأكثر ملاءمة لهذا النوع من الدراسة الأصولية التطبيقية حتى تمكن الثقة بتقديمها ومعرفة النتائج التي تحققها .

٣- **منهج الفقه المذهبي:** وهو نوع من الدراسة النصية التي يصدق عليها هى الأخرى أنها تتعامل مع الفقه في إطاره التاريخي . ويبدو لي أن هذا المنهج قد يبدو ذا فائدة بالغة إذا انصب الاهتمام فيه على معرفة القواعدالأساسية التي شكلت عصب الاختلاف الفقهي وإلي ملاحظة أبعاد التطور في المذهب وارتباط هذه

الأبعاد بالظروف التاريخية والاقتصادية على النحو الذي أشار إليه ابن القيم في قاعدة : تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان والظروف . أما الرجوع في دراسة الفقه المذهبي إلى كتاب أو أكثر من الكتب المشهورة في المذهب فلا ينطوي إلا على تعمد الدراسة النصية تحت عنوان مغلوط . ويلزم لتحري الفائدة من هذا المنهج اختيار القواعد العامة التي صار إليها الخلاف بين المذاهب والتي تمثل عصب التفكير الفقهي في كل مذهب ، مع التفكير في الخلاف داخل المذهب وتطوره . ويمكن تأمل مبادىء المدرسة التاريخية Historical School لمعرفة مدى إمكان فهم العلاقة بين ما انتهى إليه علماء المذهب وبين أحوال مجتمعهم .

ولا يلزم الإكثار من المقررات الدراسية المتعلقة بالفقه المذهبي ، ويكفي الالتزام بهذا المنهج في مقرر دراسي واحد في المرحلة الجامعية ، حتى لا تتكاثر في ذهن الطالب خطوط عمله ، ويتوزع انتماؤه بين الفقه الاسلامي وبين الفقه المذهبي.

٤- **المنهج الفقهي المقارن :** يقوم هذا المنهج على الدراسة الفقهية المقارنة بين المذاهب المختلفة السنية والشيعية ، فكأن الخلاف الفقهي وتجليته هو الأساس والهدف لهذا المنهج . ومع ذلك فإن لهذا المنهج فوائده التي لا تنكر في تكوين العقلية الجدلية، والنظر إلى المذاهب الفقهية نظرة مساوية بينها ، بما يؤكد كونها تعبيرات متعددة عن أصل واحد هى نصوص الشرع ، وأنها لا تعدو أنه تكون تفسيرات متنوعة مقصودة للشرع . وهذا الأساس الذي بلوره الشعراني في " الميزان الكبرى " هو الذي يقوم عليه التخير من المذاهب الفقهية كمنهج قامت عليه القوانين الحديثة المستمدة من قواعد الفقه الاسلامي . غير أن الدراسة بهذا المنهج قد آلت من الناحية الشكلية إلى ذكر آراء المذاهب المختلفة في كل مسألة من المسائل إلى جوار بعضها دونما تحليل أو رد إلى أصول معينة مما عساه أن يوضح أسس هذا الخلاف والمبادىء التي تحكمه وتأثر المذاهب الواحد منهما بالآخر ، واحتضان كل

منها لما في غيره وقبولها به وتعبيرها عنه.

ولا يسعني سوى التأكيد على ضرورة الالتفات إلى تجربة تدريس الفقه المقارن بين المذاهب لمعرفة النتائج التي أفرزها سواء كانت صالحة أو طالحة . وعلى الرغم من نبل الهدف الذي نشأ الفقه المقارن في إطاره (التقريب بين المذاهب) فإن فائدته لطلاب كلية الشريعة والقانون في وضعها الحالي وما تهدف إليه موضع شك. ولو أطلق على هذا المنهج " علم الخـــلاف " لكان أوفق وأدق في وصف التطابق بين الاسم والمسمى .

إن هناك أسئلة كثيرة تتحتم الإجابة عنها قبل اتخاذ قرار باستمرا هذه الدراسة المقارنة (الخلافية في الواقع) أو التوقف عنها من ذلك: ما فائدتها في تكوين العقلية الفقهية القانونية للطالب ؟ وما أثرها في جذب انتباه الطالب إلى واقع اجتماعي سابق ؟ وهل المقصود منها هو تعميق الخلاف أو انهاؤه ؟ وهل نحن حريصون على تكوين هذا العقل الجدلي للطالب بحيث يصبح أهم ما يشغلنا ؟

إن انطباعي الخاص هو أن المنهج الجدلي الخلافي الذي اصطلح عليه بالدراسة المقارنة منهج ينبغي عدم التركيز عليه في المرحلة الجامعية ، وتأخير الإهتمام به إلى مرحلة الدراسات العليا .

٥- المنهج الفقهي القانوني المقارن : يقوم هذا المنهج على إفراد موضوع معين بالدراسة وتناول جانبيه الفقهي والقانوني ، وذلك كدراسة نظام الإفلاس أو التعسف في استعمال الحق أو الشركات بالرجوع إلى مبادىء الفقه وقواعد القانون. وعلى الرغم من أن هذا المنهج قد بدأ استخدامه في مصر قبل تبلور علم القانون المقارن في الغرب ، حيث ترجم رفاعة الطهطاوي القانون المدني الفرنسي بإشارة من الخديوي اسماعيل الذي كلف قاضيه مخلوف بمراجعة هذا القانون من وجهة الشريعة

الاسلامية ، فإن (هذا المنهج) لا يحظى باعتراف رسمي إلى الآن في المناهج التي تتبناها كليات الشريعة في البلاد الاسلامية المختلفة . وإنما ذلك لأن الدراسة في هذه الكليات مازالت تقوم علي نوع من الإزدواج الذي لم يبدأ التفكير العملي في مواجهته والقضاء عليه.

ولا يخطىء الناظر إلى مناهج كليات الشريعة ملاحظة استقلال الدراسة في أقسام القانون عنها في أقسام الفقه . ونجد لهذا أن من المعتاد أن يدرس موضوع كالإفلاس على المستوى الفقهي مع دراسة الموضوع نفسه على المستوى القانوني . ومع ذلك فقد شهد العقدان الأخيران قيام دراسات فقهية مقارنة بالقانون وأخرى قانونية مقارنة بالفقه . غير أن الوضع المستقر حتى الآن في كليات الشريعة والقانون هو إفراد المواد الفقهية بمناهج وأساتذة وأقسام متخصصة في مقابل أقسام القانون وأساتذته ومقرراته ، ومخاطبة كل منهما ذهن الطالب دون نظر إلى تأثير ذلك في تكوين العقلية الفقهية والقانونية للطالب . إننا نعمل دون رحمة على نقل عبء المقارنة بين القواعد الفقهية والقانونية إلى الطالب نفسه ، فهل يمكن تخفيف هذا العبء أو إرشاد الطالب إلى أنسب السبل لعقد مصالحة بين هذين التيارين ؟

وفي يقيني أن على الأساتذة أنفسهم أن يضطلعوا بعبء هذه المقارنة ولو على نحو تدريجي ، بحيث نبدأ بموضوع أو أكثر ، على أن نتقدم بعد ذلك بما يكفل تغطية القدر الأكبر من المقررات . ويجب في الوقت نفسه إجراء نوع من التنسيق بين أساتذة الفقه وأساتذة القانون الذين يقومون بتدريس موضوعات متشابهة في الفقه والقانون . وأؤكد مع ذلك أن منهج المقارنة هو المنهج الكفيل بقيام كليات الشريعة برسالتها في تكوين العقل القانوني للطالب وخدمة الواقع الاجتماعي .

ثانيا - الفقه التجاري

الواقع والمعايير:

يعاني تدريس موضوعات الفقه التجاري من المشكلات التي يعاني منها التدريس للموضوعات الأخرى ، ويجب العمل على تطوير الأداء في جملته بالاعتماد على الأسس والمعايير التالية :

١- المقررات الدراسية الأساسية التي تمثل الحد الأدنى لما يجب أن يدرسه طالب الفقه الاسلامي ، وتمثل فيما يبدو لي كلا من : - أصول الفقه وقواعده - نظرية العقد والملكية - الجنايات والعقوبات - الإثبات ونظام التقاضي - تاريخ التشريع الإسلامي - الأحوال الشخصية وفقه الأسرة - عقد البيع والإجارة - الشركات - مقرر للدراسة النصية - فقه الكتاب والسنة .

وبالاضافة إلى ذلك يدرس الطالب عددا من مجموعات المواد التكميلية على سبيل الاختيار من بينها ، وهي :

٢- مجموعة الفقه التجاري ، وتشمل العقود التجارية كالسمسرة ، كما تشمل الشركات والإفلاس والنظام المصرفي .

٣- مجموعة مواد الفقه الدستوري والإداري .

٤- مجموعة مواد فقه العلاقات الدولية .

ومهما يكن الأمر بالنسبة للتخطيط العام للدراسة ، فينبغي ألا تزيد أعداد الساعات المعتمدة عن حدودها المعروفة ، كما ينبغي إقامة نوع من التكامل بين المناهج المختلفة عن طريق اعتماد المنهج المقارن على النحو الذي اتضح فيما سبق .

الكتب الدراسية :

لا تعطي كليات الشريعة والقانون الكتب الدراسية اهتماما مناسبا لأهميتها في العملية التعليمية. وينبغي أن يكون تصميم الكتب الدراسية بحيث يغطي الاحتياجات المحلية العملية . ويلزم لهذا أن يتجه مؤلفو الكتب الدراسية في كلية الشريعة والقانون في الإمارات بأبصارهم إلى قانون هذا البلد نفسه وإلى أصوله المستمد منها وآراء الفقهاء وأدلتهم التي وردت في المذكرة التفسيرية للقانون والتي عبروا عنها في المؤلفات الفقهية المعتمدة . أما القيام بتدريس مؤلفات في الفقه والقانون أعدت لغير هذه البيئة فهو أمر يشتت الذهن ولا يفيد الطالب عند تصديه لمسئولياته العملية . وعلى سبيل المثال فإن الشفعة بإجراءاتها وأسسها في القانون المصري مختلفة عنها في قانون الإمارات على الرغم من اشتراك النظامين في الاستمداد من الفقه الاسلامي ، ولا يجوز لهذا أن يدرس الطالب في مصر بحثا أعده صاحبه عن الشفعة في قانون الإمارات ، والعكس بالعكس .

ولا يغيب عن البال وجوب توفير قراءات متنوعة في الموضوع الواحد ، بحيث يستطيع الطالب الرجوع إليها لتعميق وعيه بالموضوع الذي يدرسه . ولا بديل عن الاعتماد على الكتب الدراسية المتاحة جزئيا أو كليا إلى حين توفير الكتب الدراسية المناسبة المزودة بالأمثلة التوضيحية والأسئلة وإجاباتها النموذجية بما ييسر الإحاطة بالمعلومات ويوفر للطالب القدرة على تقويم تحصيله .

اللغات الأجنبية :

لا تهتم كليات الشريعة والقانون بتعليم اللغات الأجنبية للدارسين فيها ولا تعدهم الإعداد المناسب في ذلك ، مما يؤدي إلى الانحصار في حدود المكتوب باللغة العربية ، ويقعد بالمتخرجين من هذه الكليات عن المشاركة الفعالة في المجتمع وشغل الوظائف القيادية ، وأجد لهذا أن من الواجب أن تتضمن برامج التعليم في

كلية الشريعة والقانون ما يضمن لطلابها العناية بتعليم لغة في الأقل ، كالإنجليزية أو الفرنسية ٠

اهمية تدريس موضوعات الفقه التجاري:

تتعلق هذه الموضوعات بنشاط المشروعات الاقتصادية المختلفة التي تدار بالطرق التجارية ؛ سواء كان هذا النشاط زراعيا أو صناعيا أو تجاريا أو استخراجيا ٠ وبهذا تتغلغل المعاملات والعلاقات التى يتناولها الفقه التجاري في أنشطة المجتمع الأساسية التى تقوم عليها حياته الاقتصادية ٠ وتتشابك علاقات الأفراد بهذه المؤسسات ، وهي تمثل مجالا أساسيا لمصالح الأفراد والمجتمع ولتوظيف المتخرجين من كليات الشريعة والقانون بها ، ولا يجوز لهذا إهمال تدريس هذه الموضوعات في هذه الكليات ٠

ومن جهة أخرى فقد اكتسب الفقه التجاري الاسلامي أهمية خاصة بعد ظهور بيوت المال والبنوك الإسلامية وإنشاء البنوك التقليدية فروعا إسلامية لها واستحواذ هذه المؤسسات المالية الإسلامية على نسبة معقولة من المدخرات ومشاركتها على نحو لا بأس به في النشاط المصرفي الداخلي والخارجي على السواء ٠

ومع ذلك فلا أجد أن موضوعات الفقه التجاري متساوية في الأهمية ، ويمكن التمييز بين نوعين منها :

الأول : الشركات بأنواعها المختلفة ومجالاتها المتنوعة ٠ ويدخل هذا الموضوع ضمن الموضوعات الاجبارية التي يدرسها جميع الطلاب ٠

الثاني : العقود التجارية كالسمسرة - عمليات البنوك - الأوراق التجارية والمالية - الافلاس ٠ ومن الممكن جعل هذه المواد اختيارية بحيث يدرس الطالب موضوعا على الأقل من بين هذه الموضوعات المذكورة ٠

أهداف تدريس هذه الموضوعات:

يتجه تدريس موضوعات الفقه التجاري إلى تحقيق الأهداف التالية :

١- تعريف الطالب بالقواعد الشرعية والقانونية الحاكمة للتعامل في المجالات التجارية بما يمكنه من تطبيق القانون وتفسيره ومعرفة أصوله التى يقوم عليها .

٢- العمل على تكوين العقل الفقهي القانوني للطالب على وجه متكامل بينهما .

٣- إعداد الطالب لشغل الوظائف القانونية في المؤسسات الاقتصادية المختلفة بما يكفل له القيام بدور خلاق في المجتمع .

المنهج المعتمد:

اتضح مما سبق أن المنهج الدراسي الذي يمكن الاعتماد عليه هو منهج تتوافر فيه السمات التالية :

١- يتسع هذا المنهج لمقدمة تاريخية توضح تطور النظام القانوني موضوع الدراسة والدور الذي قام به الفقه الاسلامي في تطوير هذا النظام . وعلى سبيل التوضيح فإن هذه المقدمة التاريخية في موضوع " الأوراق التجارية " يمكن أن تتناول دور الفقه الاسلامي في التقنين لنظام الحوالة التي يدور عليها العمل في الأوراق التجارية ، كما يمكن أن تتناول التعريف بالأصل العربي للشيك (الصك) وللكمبيالة (السفتجة) وللسند الإذني (رقّاع الصيارفة) التي كان يتم التعامل بها في الأشياء الجليلة والضئيلة . ويستشعر المرء أن هذه المقدمة التاريخية كفيلة بإحداث هذه الألفة المطلوبة بين الدارس وبين الموضوع المقدم له .

٢- لا بأس بالقصد إلى شرح القانون التجاري الإماراتي وتتبع مواده وقواعده الأساسية بالشرح والتحليل والتوضيح باعتباره قانونا مستمدا من مبادىء الشريعة

والفقه الإسلامي ولا يتعارض فيما أخذ به مع ما جاءت به النصوص الشرعية ٠ والواقع أن شرح القانون وقواعده أمر ضروري لتحقيق الهدف العملي المتعلق بمشاركة خريجي الكلية في تقلد المناصب القيادية في المجتمع ٠

٣- يلزم في شرح مواد القانون التجاري وقواعده ربط هذه المواد والقواعد بأصولها الشرعية المستمدة منها وأقوال الفقهاء واختلافاتهم واستدلالاتهم بما يعين على توسيع مدارك الطلاب وعلى قيام هذه الصلة بين الحاضر والماضي ، وهو شرط ضروري لإطلاق التفكير الفقهي والقانوني من قيود التقليد إلى رحابة الاجتهاد والاستجابة لاحتياجات المجتمع ومصالحه ٠

٤- يمكن الاستفادة على نحو جزئي بمنهج الدراسة النصية في تكليف الطلاب بقراءة فقرات معينة من عدد من المختصرات أو المتون الفقهية مع شرح الأساتذة لهذه الفقرات ٠ ويتوسع في هذا النوع من الدراسة بعد المرحلة الجامعية الأولي (ويصدق هذا أيضا على الإلزام بالرجوع إلى نصوص الكتاب والسنة المتعلقة بموضوع الدراسة ٠

طرق التدريس:

يعتمد على المحاضرات بدرجة أساسية في التدريس في كليات الشريعة والقانون ، نظرا لكثرة أعداد الطلاب في الأحوال الغالبة ٠ وتكمن مزايا هذه الطريقة في أنها تيسر للأستاذ تنظيم شرحه للمواد والقواعد القانونية بما يمكن الطالب من المتابعة والإفادة ٠ ولا شك في أن المحاضرة أسلوب ينشط عقل المحاضر والمتلقي ويحفزهما إلى بذل جهد مشترك من أجل الوصول إلى الوضوح ٠ على أن آفة المحاضرة هى فقدان المتابعة أحيانا ، لذا يلزم الاستمرار في توجيه المحاضر أسئلته إلى المتلقين والاستجابة إلى أسئلتهم حتى لا يؤدي استرساله في الكلام إلى

تكرار فقدان المتابعة .

وقد يعتمد كذلك على أسلوب " جماعات المناقشة " ، بحيث يطرح الاستاذ موضوعا أعده للنقاش ، مع تكليف الطلاب بالقراءة حوله . وقد يكلف أحد الطلاب بإعداد موضوع معين بمعونة أستاذه ويعرضه على زملائه الذين يناقشونه فيه. وتقتضي هذه الطريقة أن يكون عدد الطلاب قليلا إلى الحد الذي يمكن الأستاذ من إدارة النقاش ويمكنهم من المشاركة فيه . ولعل هذا الأسلوب أن يكون أكثر فائدة للطالب المبتدىء حيث يحتاج إلى توجيه متكرر وإلى توضيح أموركثيرة له .

مناقشة القضايا:

أما أسلوب القضايا ومناقشتها فلا أعتقد أن هناك أسلوبا آخر يفضله بالنسبة لطلاب المراحل النهائية المتقدمة في التعليم القانوني . وينبغي ألا نعتقد في غرابة هذا الأسلوب عن التعليم الفقهي ؛ فقد كان أبو حنيفة يناقش أحكام ابن أبي ليلى ، ويعرض على تلامذته أحكام هذا القاضي ، بل وينتقدها مع هؤلاء التلاميذ حتى شكى القاضي إلى والي الكوفة أن يكف عنه أبا حنيفة . وكان الشّعبي ، وهو فقيه الكوفة في أواخر القرن الأول ، من أحفظ الناس لقضايا علي. ويبدو لي بقوة أن قضايا المحاكم هي الأصل التاريخي لكثير من المسائل الفقهية التي تواردت على تدوينها المؤلفات الفقهية المشهورة . ويغلب على الظن أن هذه المسائل كانت قضايا حقيقية حكم فيها القضاة ، ولم تكن مجرد قضايا افتراضية ابتكرها الفقهاء وأدوعوها مؤلفاتهم هذه .

ومن الممكن في بعض الأحوال أن يقوم الأستاذ بتلخيص القضية دون أن يعرض الحكم فيها ، ثم يقوم بمناقشة الطلاب لتحرير المبادىء التي تقوم عليها القضية والحكم الذي يستند إلى هذه المبادىء ، كما أن من الممكن أن يدع الأستاذ

مهمة تلخيص وقائع القضية لأحد الطلاب ، لاستخراج المبادىء التي يقوم عليها الحكم من خلال المناقشة . ويجب أن يضع الأستاذ نصب عينيه التركيز على المبادىء التي يقوم عليها الحكم في القضية مع توضيح هذه المبادىء من جوانبها المختلفة ، حتى لا يغرق الطلاب في التفاصيل .

أما أوجه النقد التي ترد على هذا الأسلوب فيمكن تجنبها بهذا التركيز على المبادىء ، ولاحق في المطالبة بهجر هذا الأسلوب ، لأنه ذو فائدة خاصة في قضايا التجارة التي جدت في العصر الحديث ، ويتطلب الأمر نقاش المبادىء المتنوعة والأدلة المتعارضة للوصول إلى الحكم .

ومن الواضح أن المزاوجة بين المحاضرة والمناقشة وبين تقديم القضايا وتوصل الطلاب معا إلى الحكم سوف يقلل من العيوب الخاصة بكل أسلوب ، ويساعد على ضمان تنوع أساليب مخاطبة الطلاب ونقل المعلومات إليهم . ويناسب أسلوب المناقشة للقضايا الرائدة سنوات الدراسة النهائية أو المتقدمة ، ولعله لا يناسب المبتدئين على الإطلاق . ويجب لفت النظر إلى أن هناك كثيرا من القضايا التجارية التي وقعت في الإمارات في العقدين الأخيرين وتحتاج إلى مناقشة لتحديد المبادىء التي قامت عليها أحكامها وللتعرف على الإجتهادات التي مارسها القضاة في هذه المرحلة الانتقالية . من ذلك قضية شركة الأسفلت التي صدر فيها الحكم عام ٧٨ بعدم وجوب دفع قيمة الكمبيالات التي حررتها الشركة لأن المستفيد الأول لم يف بالتزامه ، والتي استنتج منها كولسون وجود نوع من التوتر بين أحكام الفقه التجاري الاسلامي وبين القوانين التجارية الحديثة في الظروف المعاصرة . وسيؤدي نقاش هذه القضايا إلى تطوير التفكير الفقهي والقانوني وتسديده .

احتراس:

وبعد هذا كله فيجب ألا يغيب عن البال وجوب ألا يجبر الفقه الاسلامي على

قبول كل ما يأخذ به القانون إن رئى تعارضه مع نص من نصوصه أو أصل مجمع عليه. وعلى سبيل المثال فإن التعامل بالربا المحرم لا يقره الشرع وهو أمر محرم فيه فإذا ورد نص قانوني بإباحة الاتفاق على الفوائد للتأخير وجب تحرير القاعدة الفقهية مستقله عن الحكم القانوني مع المطالبة بوجوب الخروج من هذه المخالفة.

فإن الواجب يقتضي الوصول إلى توصيف لعناصرمنهج الفقه التجاري ومفرداته غير أنه يستحسن إرجاء ذلك إلى ما بعد مناقشة هذه الورقةومعاودةالنظر فيها والاستئناس بما يراه الزملاء حتى يأتي التوصيف أقرب إلى الصحة وأدنى إلى تحقيق الهدف .

والله ولي التوفيق ..



" مشكلات تبحث عن حلول "

للدكتور / محمد عبدالمنعم حبشي *

مقدمة :

إن توحيد الثقافة الشرعية والقانونية ينبغي أن ينال الاهتمام الواسع من جميع المشتغلين بأمور الفقه والتشريع والقضاء ذلك لأن الأمة العربية والاسلامية عانت كثيراً من ظاهرة الازدواجية الثقافية خاصة فيما يتصل بأمور التشريع التي ينتظم في عقدها كل مايتصل بتنظيم العلاقة الفردية والجماعية .

وإن الأمة العربية والاسلامية شاء لها ربها أن يكون لها من خصائص التشريع ماتتميز به عن سائر الأمم لقوله تعالى " ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها، ولاتتبع أهواء الذين لايعلمون " ومن ثم فإنه ينبغي أن تكون مرجعية التشريع لدائرة الشريعة لايتعداها ، وإن ميراث الفقه الاسلامي لينبوع متدفق يرتوي من رحيقه أولو البصيرة في أمور التشريع لأنه يلاحظ في أسسه ومقاصده مصالح الناس ، فأينما تكون المصلحة فثم شرع الله .

فالشرع يعطى للمصالح حقها
واليسر مطلوبٌ لكل حياة
ماكان ربــك للعقول بمانــع
فالذكر يمدح ثاقب الملكات

---

* أستاذ مساعد بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة

وإن الثقافة القانونية ينبغي أن تقوم على أسس من الشرع الحكيم تراعى في ذلك نصوصه وأحكامه كما تراعى خصوصية الصنعة الفقهية الاسلامية ، وحينئذ فإنه يتحقق التوحيد والاندماج وتصبح الثقافة القانونية رافداً من روافد الفقه الاسلامي ولقد حاولت قدر استطاعتي في هذه الورقة أن أشير إلى جملة من الأمور ينبغي على القائمين على أمر توحيد الثقافتين أن تكون في اعتبارهم لأنها تشكل في تقديري تجلية لبعض مشكلات ينبغي وضع العلاج المناسب لها ، وكما يقولون فإن معرفة جوانب المشكلة يمثل نصف الطريق إلى حلّها وعلاجها . ونحن جميعاً بحاجة إلى وضع الأمور في نصابها والمصارحة بأبعادها وجوانبها ، فهدفنا واحد ، وطريقنا هو العمل لمرضاة الله تعالى في شرعته ومنهاجه ، " وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون " .

وتتلخص هذه المشكلات في النقاط التالية :

١ - المكوِّن اللغوي
٢ - المكوِّن النصِّي
٣ - المكوِّن المساند
٤ - المكوِّن الهيكلي لنظام التعليم
٥ - التعاطف المعهدي والمهني .
٦ - العلاقة بين الثقافتين والثقافة الأجنبية .
٧ - الفورية أو المرحلية في توحيد الثقافتين .
٨ - النظرية والتطبيق .
٩ - مجال توحيد الثقافتين .

المكون اللغوي:

إن اللغة قضية هامة في التكوين الثقافي فهي الوعاء الذي يحتوي على المفردات والجمل والعبارات التي تنتظم الثقافة في عقدها .

وإذا كان هذا الأمر أساسياً في تكوين الثقافة بشكل عام إلا أن أهميتها بالنسبة للثقافة الشرعية والقانونية تصل إلى أبعد من ذلك بل إن الوصول فيها إلي درجة معينة من المعرفة والإتقان أمر جوهري في جانب هذه الثقافة .

ولقد أشار القرآن إلى أهمية اللغة كأداة جيدة لتوصيل المعارف وذلك في دعوات الرسل حيث قال تعالى : " وما أرسلنا من رسول إلا بلسان قومه ليبين لهم.." .وقال في شأن القرآن " بلسان عربي مبين .. " . وقال على لسان موسى" واحلل عقدة من لساني يفقهوا قولي " .

ولقد أشار الرسول الكريم إلى أن البراعة في التعبير اللغوي قد يكون له شأن في الأحكام في قوله ، " إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلى ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له نحو ماأسمع فمن قضيت له بشيء فإنما أقطع له قطعة من النار " أو كما قال صلى الله عليه وسلم .

وإذا نظرنا إلى الثقافة الشرعية : في إطار هذا الجانب نجد أن اللغة لها اعتبار أساسي . فاللغة بعلومها المختلفة من نحو وصرف وفقه لغة وأصوات وبلاغة تعتبر مقدمة ضرورية للولوج إلى علوم الشريعة المختلفة وفي مقدمتها الفقه .

ولانعني هنا مجرد العلم بالقواعد العامة للغة ، وسلامة الأسلوب بل إن الأمر يتعدى ذلك إلى معرفة كثير من دقائق اللغة ، ومعرفة كهذه لايكون القصد منها مجرد الظهور بمظهر المتمكن من ناحية اللغة وإنما يتجلى أثر ذلك في موضعين .

الأول: النصوص الشرعية وفي مقدمتها نصوص القرآن والسنة ، فكثيرمن النصوص يتوقف معرفة طبيعة الحكم الشرعي منها على تحديد الموقع اللغوي للكلمة أو الكلمات من حيث الإعراب والبناء ، ومن حيث المعنى والأداء والأمثلة لذلك بالغة الكثرة ، نذكر منه علي سبيل المثال بعض النصوص في الميراث والذي يعتبر بحق أكثر التشريعات وضوحاً وشمولاً في القرآن الكريم وفيه على سبيل المثال قوله تعالى " فإن كان له إخوة فلأمه السدس " وقوله تعالى في ميراث الاخوة " ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ماترك ، وقوله تعالى " وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة .... " وقوله تعالى " فإن كنَّ نساء فوق اثنتين " فإذا كان هذا في شأن الميراث فما بالنا بالتشريعات الأخرى التي لم تأت على مثال الميراث من حيث التفصيل والوضوح . والسنة لاتختلف عن القرآن في ذلك ، وإن جاءت في الكثير منها على سبيل البيان والتفسير للقرآن .

وهذا ما حمل العلماء على اشتراط معرفة علوم اللغة العربية فيمن يصل إلى درجة المجتهد من العلماء ، وهكذا كل من يتصدى لمعرفة النصوص في القرآن أو السنة وإلا وقع في الخطأ من حيث لايدري .

الثاني: كتابات الفقهاء وماتركوه لنا من ثروة فقهية متمثلة في المؤلفات الكثيرة في شتى مذاهب الفقه وفروعه ، ويتصاعد ذلك بدرجة كبيرة في حالة البحث في متون الفقه المختلفة ، فقد صيغت هذه المتون بدرجة عالية من الإيجاز المنطوي على الأحكام اللغوية والباحث فيها يجب أن يكون ذا قدرة لغوية فائقة . بل إن الشروح المختلفة لهذه المتون لاتخلو من اللطائف والدقائق اللغوية ، والذي يسبح في بحورها إن لم يكن متمكناً في اللغة غاص في قاعها فلا ينجو من الغرق . ولاشك أن كتب الفقهاء وشروحهم ومتونهم وحواشيهم يشكل جزءاً أساسياً لايستهان به في تكوين الثقافة الشرعية ، ولانقصد بذلك وجوب الاقتصار عليها

وعدم التجديد والكتابة المجددة فهذا موضوع آخر .

بل إن بعض الجوانب اللغوية الهامة - وهو مايعرف بتفسير النصوص - ترتكز على جملة قواعد لغوية يستعان بها في فهم النص واستنباط الحكم منه ويبدو ذلك في تقسيم الألفاظ من حيث الوضوح وعدمه ودلالات العبارة والإشارة والنص والاقتضاء، والمفهوم الموافق والمخالف والخاص بأنواعه و المطلق والمقيد والأمر والنهي " والعام وتخصيصه والمشترك والحقيقة و المجاز وحروف المعاني وغير ذلك .

وإذا نظرنا إلى جانب الثقافة القانونية فلا أعتقد أن موقفها من اللغة يصل إلى هذه الدرجة والأمر واضح لأنها لاتعتمد على نصوص لها هذا البعد اللغوي فلا تتوافر فيها النصوص من القرآن أو السنة وكتابات فقهائها تختلف في هذا الأمر عن كتابات الفقهاء الشرعيين من حيث المتون والشروح والحواشي وغير ذلك كما هو معروف .

ولانقصد بذلك أن الثقافة القانونية لاتعتمد على اللغة ، فاللغة أداتها ووعاؤها ويتوافر فيها قدر كبير من سلامة الأسلوب ودقته ودلالته ومعروف عند كثير من فقهاء القانون جمال الأسلوب ويظهرذلك في الأحكام القضائية خاصة المحاكم العليا مثل محكمة النقض أوالتمييز وكتابات كثيرمن فقهائه . وإنما أعنى الجوانب التي أوضحتها من حيث النصوص ومؤلفات الفقه .

والسؤال الذي نطرحه هنا : إذا أردنا توحيد الثقافة الشرعية والقانونية فماذا يكون الموقف من هذه القضية ؟

هل نتجه إلى تصعيد المعرفة والثقافة اللغوية في جانب الثقافة القانونية أو تخفيضها في جانب الثقافة الشرعية ؟

أعتقد أن حل هذه الإشكالية يتصل بأمر آخر سوف نتحدث عنه في موضع آخر. وهو مايتصل بالمكون الهيكلي لنظام التعليم .

المكون النصي:

من المعروف أن الثقافة الفقهية الشرعية تقوم في أسسها على وجود نصوص من القرآن والسنة ، وهي تشكل أساس المصادر الفقهية بل إن المصادر الفقهية الأخرى من الإجماع والقياس والمصالح المرسلة والاستحسان وغيرها وإنما تستند في جملتها بطرق مختلفة على القرآن والسنة سواء كانت هذه النصوص قطعية الثبوت أو الدلالة أو ظنية الثبوت أو الدلالة .

فالثقافة الشرعية تلحظ النص بدرجات متفاوتة قرباً وبعداً وهذا بدوره ينعكس أثره على الصناعة الفقهية لدى فقهاء الشريعة ومن ثم على الثقافة الشرعية .

وإن معالجة النص في حد ذاته أمر له قواعده وضوابطه التي فيها قدر من الاتفاق والاختلاف بين علماء الفقه الاسلامي مما يجعل العلم بذلك مطلباً هاماً لمن يتصدى للنص الشرعي .

ويمكن أن يقترب من المكون النصي بعض فتاوى وأقضية وآراء بعض الصحابة وهي بمثابة التفسير للنص مما جعل بعض الفقهاء يتقيد بذلك ولايخرج عنه على اتفاق واختلاف بينهم وعلى نحو واسع في هذا الامر .

وإذا كان هذا الأمر لايرقى إلى مرتبة النص الشرعي من القرآن أو السنة إلا أنه يمكن القول بأنه يلاحظ في الجملة من الفقهاء وبالتالي فيصعب عدم اعتباره أصلاً في جانب مكونات النص الشرعي .

وإذا انتقلنا إلى جانب الثقافة القانونية فقد نجد هذ المكوِّن له طبيعته المختلفة والمتمثل في نصوص القوانين والتي تختلف عن النص الشرعي في أمور كثيرة .

والسؤال الذي نطرحه :

ما هو موقف الثقافة القانونية من هذا المكوِّن؟

أعتقد أنه إذا أردنا توحيد الثقافة الشرعية القانونية فلا بد من أخذ هذا المكوِّن بعين الاعتبار في سلم الأولويات في أي برنامج يوضع لهذا الأمر .

المكوِّن المساند:

إن الثقافة الفقهية الشرعية وإن كانت تنصب أساساً على الأحكام الشرعية العملية وفقهها إلا أنها تتطلب قدراً من العلم بروافد تعتبر مساندة لها ولاتخلو من الاشارة إليها كتابات الفقهاء ، والمثال على ذلك مايتصل بعلوم القرآن وعلوم الحديث بل وجانب من علم التوحيد ، وهذه العلوم وإن كانت مستقلة عن علوم الفقه ولها صناعتها وعلماؤها إلا أنها تقوم برفد الأحكام الفقهية والمثال الأكثر وضوحاً في هذا المقام مايتصل بعلوم القرآن وعلوم الحديث حيث يدور البحث عن أنواعه من حيث روايته إلي متواتر ومشهور وآحاد ومدى الاحتجاج بكل نوع من هذه الأنواع على الحكم الشرعي وغير ذلك .

وإن أكثر علماء الفقه الأوائل كانوا من علماء الحديث والمثل الواضح على ذلك كل من الإمام أحمد بن حنبل والإمام مالك بن أنس وكذلك الشافعي وغيرهم ومن ثم يمكن القول بأنه لايمكن أن تكون هناك ثقافة فقهية شرعية دون أن يدخل هذا الجانب في بنيانها .

وأما جانب الثقافة القانونية فقد لايوجد هذا المكوِّن ، وهذا المكوِّن كما هو واضح يتصل بمكون النص في الثقافة الشرعية .

فإذا أردنا توحيد الثقافة الشرعية والقانونية فلا يمكن إغفال ذلك الأمر ومن ثم فيجب أن يكون داخلاً في تصور فكرة توحيد الثقافتين .

المكوّن الهيكلي لنظام التعليم :

إن من يتلقى الثقافة الشرعية الفقهية أو القانونية لابد وأن يكون قد مرَّ خلال مرحلة تكوينه خلال نظام تعليمي له أسسه ومفاهيمه وآلياته وهذا في الغالب الأعم. ونحن لا نبحث هنا في تفاصيل هذه الأنظمة ولا في دقائقها ، وإنما ننظر نظرة شمولية لأطرها العامة .

فهناك نظام يغلب عليه منهجه العلوم الشرعية المختلفة والعلوم اللغوية وقد يكون بجانب ذلك قدر يسير من العلوم الأخرى .

وهناك نظام يغلب عليه منهج العلوم المدنية التي فيها قدر يسير من المعارف اللغوية أو الدينية .

وهناك نظام جمع في منهجه بين العلوم الشرعية واللغوية والعلوم الأخرى بقدر قد يكون أقرب إلى التساوي بينهما .

وماسبق من الأنظمة إنما يكون في مراحل ماقبل التعليم العالي (الجامعي أو المعهدي) . والتي ترفد الثقافة الشرعية أو القانونية -

أعتقد أن معاهد القانون في غالبها في الوطن العربي إنما تكون مسبوقة بنظام تعليمي يغلب عليه منهج العلوم المدنية والتي فيها قدر يسير من العلوم الدينية والعربية قد يكون كافياً لتأسيس ثقافة قانونية قائمة على عمده ولكنه لايكون كافياً- في نظري . لتأسيس ثقافة شرعية ، أما معاهد الفقه الشرعي في الوطن

العربي فبعضها يكون مسبوقاً بنظام تعليمي يغلب على منهجه العلوم الشرعية واللغوية وبعضها يكون مسبوقاً بنظام تعليمي لايغلب عليه منهج العلوم الشرعية واللغوية وبعضها يكون مسبوقاً بنظام تعليمي تتواجد فيه كافة العلوم المدنية والعلوم الشرعية واللغوية . هذا في التعليم ماقبل العالي .

إنني أعتقد مخلصاً أنه لكي تتوحد الثقافة الشرعية والثقافة القانونية لابدَّ من توحيد نظام التعليم الذي يرفد الثقافتين ، وهذا يرجع في تقديري النظام الذي يقوم على أساس تكامل منهج العلوم الشرعية واللغوية مع منهج العلوم المدنية ، والنظام الأقرب لتحقيق هذا الهدف هو نظام التعليم في الأزهر من حيث قواعده وأسسه وإن كان الأمر يحتاج فيه إلى جهد لتحقيق قدر أكبر من التكامل بين المنهجين .

وهذا الأمر يثير في النفس شجوناً كثيرة تتصل بالنظرة الاجتماعية والمهنية للتعليم الذي يمكن أن يوصف بالتعليم الديني في الوطن العربي .

أما التعليم العالي : فهناك معاهد تتجاور فيها الثقافتان الشرعية والقانونية وهناك معاهد تغلب عليها الثقافة القانونية وإن كان فيها قدر من العلوم الشرعية. ليس كافياً لتكوين الثقافة الشرعية المتخصصة . ومن ثم فإنه ينبغي البحث بجدية عن النظام الأمثل والذي يساعد بحق في رفد الثقافة الشرعية القانونية الموحدّة وذلك في مراحل التعليم التي تسبق المرحلة الجامعية ، والذي يتفق مع مكوناتها المتعددة خاصة الثقافة الشرعية كما بينا من قبل ، أما مرحلة التعليم الجامعي فهي موضوع الدراسة في هذة الندوة .

التعاطف المعهدي والمهني :

إن القائمين على أمر الثقافة الشرعية أو الثقافة القانونية قد ارتبطوا بدراسات ومعاهد مختلفة فضلاً عن انتمائهم لمهن متنوعة لها التزاماتها وأوضاعها الوظيفية والمجتمعية وهياكلها .

ومع أننا نسلم بوجود قواسم مشتركة بين هؤلاء جميعاً شأنهم في ذلك شأن باقي أفراد المجتمع إلا أنه يمكننا القول كذلك بوجود قدر من التفاوت المِهْني وقدر من الارتباط المعهدي والذي ينعكس بدوره علي بعض معطيات الواقع والمنهج . ويظهر ذلك بوضوح في التناول لهذه القضية الفكرية . وغيرها .

والانتماء والتَّحيز لثقافة ما أمر ذائع ويجد له مايبرره من الناحية النفسية والاجتماعية ، لأن الانسان بطبعه يميل إلى ماآلفه ومرن عليه وتردد فيه صداه ، سواء في ذلك الزمان أو المكان أو الفكر الذي يسكنه .

ومع هذا يمكننا القول بأن هناك قدراً من الاتفاق

ومحاولة توحيد الثقافة الشرعية والقانونية عمل ليس بالهين أو اليسير والمشكلات التي تطرح في هذا المجال تتمثل في السؤال التالي : من الذي يقوم بذلك ؟ " الإجابة تتمثل في أربعة فروض أولها أصحاب الثقافة الشرعية فقط وثانيها أصحاب الثقافة القانونية وثالثها أصحاب الثقافتين . ورابعها : أصحاب الثقافات الأخرى ، والفرض الأخير مستبعد بالضرورة والفرض الأول والثاني من الصواب كذلك استبعادها لاعتبارات معروفة ومفهومة ، ويبقى الفرض الأخير وهو أصحاب الثقافتين معاً هو أقواها وأقربها للصواب .

وقد يبدو الأمر سهلاً إذا وصلنا إلى هذا الحد ولكنه في الواقع يحتاج إلى وقفة ويمثل مشكلة تحتاج إلى بحث عن حل .

ذلك أنه لايكفي في نظري مجرد الحماس الذي يشوبه التسرع دون تبصربالطريق الصحيح لذلك .

وفي هذا المجال فإنه ينبغي أن نؤكد على ضرورة وضع برنامج أو إطار يشتمل علي قواعد متفق عليها قبل الشروع في وضع التفصيلات والمقررات وفي هذا الأمر ينبغي التجّافي عن التعاطف المعهدي أو المهني .

ومع الأخذ في الاعتبار أن الثقافة الشرعية في مكوناتها النصيُّة وأعني القرآن الكريم والسنة النبوية إنما هي ثابتة وراسخة في قلب وعقل كل مسلم كتوجه عقدي وإيماني لامجال للحيدة عنه مهما اختلفت الانتماءات المعهدية أو المهنية .

العلاقة بين الثقافتين والثقافة الاجنبية :

إن لكل ثقافة مقوماتها ومفاهيمها وتوجهاتها وظروف مجتمعاتها التي تصطبغ بصبغتها .

وأعتقد أن هذا الأمر لاخلاف عليه ، وقد تلتقي بعض هذه الثقافات في أزمنة وأمكنة متعددة فيحدث تأثر وتأثير متبادل وقد يحدث نفور وصدام وتباعد .
والعلاقة بين الثقافات قد تكون أحد مظاهر العلاقة بين الحضارات . فمفهوم الحضارة أعم من مفهوم الثقافة .

وإذا تحدثنا عن كل من الثقافة الشرعية والقانونية بالنسبة لهذا الجانب نجد قدراً من الاختلاف .

فالثقافة القانونية العربية بشكل عام مرّت بظروف كثيرة خاصة في مراحل

نشأتها وتكوينها - التقت وتأثرت في بعض جوانبها بالثقافة الأجنبية ، وهذا يبدو واضحاً في بعض القوانين التي ظهرت في الساحة العربية خاصة في النصف الأول من هذا القرن . وإن كان هذا الأمر قد خفّت حدّته بعد ذلك نظراً لبعض العوامل ومنها نضوج الثقافة القانونية العربية واستقلالية الشخصية العربية استجابة لمتطلبات مجتمعاتها . وإذا نظرنا إلى الثقافة الشرعية فنجد أن هذا الأمر يختلف كثيراً نظراً لخصوصيتها المتمثلة في مكوناتها ومقوماتها اللغوية والنصيّة وحركة تاريخها . والذي أعتقده أن الثقافة الشرعية لاتمنع من حيث المبدأ الاطلاع على ثقافة الآخرين بقصد معرفة جوانبها وتبيان أوجه الاختلاف بين الثقافتين وجلاء أوجه العطاء والتميز والتفرد في الثقافة الشرعية الاسلامية حتى يكتسب المسلم نوعاً من المعرفة التي تحصنه وتشدُّ أزره في مواجهة بعض التيارات المناهضة لشريعته وعقيدته .

فإذا أردنا توحيد الثقافة الشرعية والقانونية فالأمر في هذا الجانب يدق كثيراً ويحتاج تجلية الجوانب والحدود التي من خلالها نحدد العلاقة بين الثقافة الشرعية القانونية الموحدة والثقافة الأجنبية .

الفورية او المرحلية في توحيد الثقافتين:

إن القيام بعمل من الأعمال سواء كان مادياً أو ثقافياً يحتاج إلى إمكانات وقدرات تستجيب لمعطيات الواقع ووعائه الزمني .

وتوحيد الثقافتين أمر يحتاج إلى حشد طاقات فكرية وعملية ووعاء زمني قد يمتد - في اعتقادي وتقديري - إلى أكثر من جيل من أرباب الثقافتين - ولا أريد بذلك أن أضعف من العزائم ، فإن ميراث الثقافة قد تكون عبر أجيال متعددة وتجارب عملية متنوعة . فضلاً عن أننا أمام ازدواجية قد اتسعت

وتشعبت في جوانب كثيرة من المجتمعات العربية والاسلامية .

ومع هذا فهل نستطيع أن نضع وعاءً زمنياً يتم الالتزام به بجدية ؟ وهل القيام بهذا العمل يتصف بصفة القطرية أو الاقليمية أو العالمية الاسلامية ؟

إن هذا يمثل في تقديري أحد التحديات والمشكلات التي تواجه العالم العربي والاسلامي على السواء .

إننا في هذا الصدد نري وجوب الافادة من الدراسات التي أنجزها كثير من الباحثين في مجال الدراسة الفقهية المقارنة في مرحلة الدراسات العليا والتي تمثل فكراً فقهياً وسعته عشرات من الرسائل العلمية . وكذلك الدراسات والأبحاث التي قدمت لمؤتمرات وندوات فقهية ، فضلاً عن الكتابات التي تزخر بها بعض الكتب في هذا المجال . بحيث تستخلص النتائج العلمية مما سبق وتعد كركيزة لمرحلة أولى من مراحل توحيد الثقافتين .

النظرية والتطبيق :

إن الثقافة لكي تكون حيَّة متجددة في حياة الأمم والأفراد لابد وأن تتفاعل مع واقع لناس في حياتهم وأن تشكل محوراً من محاور تفكيرهم فهي ترتكز على النظرية والتطبيق .

وإذا نظرنا من خلال ذلك إلى موقف الثقافة الشرعية والثقافة القانونية . نجد اختلافاً له انعكاساته علي مجمل قضية النظر في توحيد الثقافتين .

فالقانون بفروعه المختلفة يشتمل على قواعد ومبادىء تشكل الاطار العام للنظرية القانونية بأوجهها المختلفة ، كما أنه يشتمل على جملة من الأحكام والنصوص التي تجد لها واقعاً في الحياة تسري في شرايينه وعروقه ، ويتمثل

ذلك في تطبيقات على صور وأوجه العلاقة بين الأفراد وبينهم وبين المجتمع وإذا نظرنا إلى الثقافة الشرعية في إطار فقهها نجد اختلافاً في هذا الأمر عن القانون، فرغم أن مفهوم الشريعة المتمثل في فقهها أوسع دائرة من مفهوم القانون كما هو معروف لكننا نجد جوانب من هذا الفقه ليس لها واقع تطبيقي في صورة نظم ونصوص مطبقة بالفعل في كثير من المجتمعات العربية والاسلامية ، ومن ثم تعرض هذا الجانب لكثير من عدم الاهتمام بتجديد مسائله وتطبيقاته في واقع بعض مشاكل الحياة المتجددة ومن ثم فإنه في حاجة إلى اجتهاد في إعادة صياغة بعض مسائله بما يتناسب مع مستجدات العصر .

ولايعني هذا انتقاصاً من قدر الجهد الذي بذله الفقهاء خاصة الأوائل منهم ، فقد أعطوا الكثير وسبقوا عصرهم ، ولكنه من غير المعقول أن يعطوا الحلول والتصورات لبعض المشاكل التي ظهرت بعد عصرهم بأكثر من ألف سنة . " تلك أمة قد خلت لها ماكسبت ولكم ماكسبتم "

ولمزيد من الايضاح لماسبق فإننا نضرب مثالاً بفقه الأحوال الشخصية ، فإن هذا الجانب من الفقه قد وجد السبيل إلى تطبيقه في أغلب البلاد العربية والاسلامية ولم يحدث الانفصال فيه بين قواعده ومبادئه وأحكامه وبين واقع الحياة وساحات قضائها ، ومن ثم فإنك ترى فيه بوضوح العناية بمسائله وصياغته وتطبيقاته .

وقد يعتقد البعض أن موضوع توحيد الثقافتين يختلف عن موضوع تطبيق بعض جوانب الفقه الاسلامي في الواقع العملي ، ولكن الأمر يمثل في تقديري إشكالية تحتاج إلى البحث عن حلٍ لها .

إنني أعتقد أن مسألة تطبيق الأحكام الفقهية الاسلامية تمثل ضرورة لها

أولويتها وتمثل الخطوة المهمة إذا أردنا المضي قدماً في أمر توحيد الثقافتين لأن ادخال الثقافة الشرعية في معترك التطبيق الحيّ هو الذي سيدفع لهذه المسألة إلى حيِّز الانصهار والاندماج الفعلي أما إذا كانت المسألة تقتصر على مجرد المقارنة والتنظير بين الثقافتين بعيداً عن واقع التطبيق فلا يؤدي ذلك إلى الأمل المنشود لأن احدى الثقافتين لها وجود على الساحة العملية والأخرى لها وجود مبتسر .

مجال توحيد الثقافتين:

إن الدارس للثقافة الشرعية لابد وأن تتكون دراسته من مجموعة حقول للمعرفة الشرعية تتجلى بوضوح في الدراسة الأصولية والفقهية بنطاقها الواسع الذي يشمل المعاملات بمفهومها الواسع الذي تندرج تحته الأحوال الشخصية والعقود بأنواعها والعقوبات ثم الأنظمة والسياسة الشرعية ، ويسبق ذلك العبادات وفقه القرآن والسنة والقواعد الفقهية . وكذلك الأمر بالنسبة للثقافة القانونية بمجموعة حقولها المدنية والجنائية والتجارية والدولية وغير ذلك . فإذا أردنا توحيد الثقافتين فما مجال ذلك العمل بالنسبة لحقول الثقافتين ؟ هل يشمل ذلك كل هذه الحقول بحيث يكون هناك اندماج وتوحيد شامل ؟

إن المطلع على حقول المعرفة الشرعية يجد أن هناك مجموعة منها تتسم بالصفة الشرعية الخالصة مثل حقول أصول الفقه الاسلامي وكذلك العبادات ثم الدراسة النصية للكتاب والسنة والقواعد الفقهية وغير ذلك . وكذلك قد يجد بعض الحقول القانونية التي وإن كان من الممكن اندامجها تحت إطار القواعد والمبادىء العامة للشريعة الاسلامية إلا أنه من ناحية تفاصيلها وصناعتها الفقهية تتسم بالصبغة القانونية الخالصة نظراً لحداثة موضوعاتها والتي لهاصناعتها المميزة لها عن الصبغة الفقهية الشرعية ومثال ذلك بعض حقول القانون التي تنظم بعض أعمال الإدارة وبعض الأعمال الاجرائية في القانون وكذلك بعض شئون النقود

والبنوك .

وبناء على ماسبق فهل يمكن توحيد الثقافتين تحت مسمى واحد في جميع مجالاتهما وحقولهما ؟ إذا أردنا ذلك فما هو المسمّى الذي يندرج تحته كل من الثقافة الشرعية والقانونية ؟

إنني أود أن أشير في هذا الصدد إلى أن كلمة " الشريعة " وإن كانت في مفهومها الاصطلاحي أوسع من كلمة الفقه إلا أنه قد شاع إطلاقها وإرادة بعض ماتشتمل عليه ، وهذه قد ورد ذكرها في نصوص القرآن كثيراً مثل قوله تعالى " ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها " وقوله " شرع لكم من الدين ماوصى به نوحا .... " وقوله تعالى " لكلٍّ جعلنا منكم شرعة ومنهاجا " وغير ذلك وفي تقديري أن إيثار هذا المصطلح في التعبير هو الأولى لخصوصية التعبير القرآني وسمُوه في مثل ذلك ولأن الجميع ينتمي إلى رسالة هذا الكتاب المبين بغض النظر عن انتماءاتهم المهنية أو المعهدية أو الثقافية .

تعقيب على الجلسة الخامسة

للدكتور محمد عبدالله الركن *

أبدأ هذا التعليق بحكاية تروي عن الكسائي إذ يقول : كنت يوماً أقرأ على حمزة الزيات (وهو أحد القراء السبعة) فدخل سُليم بن عيسى (وهو أحد القراء أيضاً) فاضطربت. فقال لي حمزة : ياهذا اتقرأ عليَّ وأنت مستمرٌ حتى إذ مادخل سُليم اضطربت . قلت : إنني إذا قرأت عليك فأخطأت قوّمتني وإذا أخطأت فسمعني سُليم عيَّرني .

فأرجو أن أكون بين يدي حمزة لاسليم في هذه الملاحظات . أنا من ثمار الخطة الأولى لكلية الشريعة والقانون والتي كان يسمح فيها بازدواجية المساقات (شريعة وقانون مزدوج) أو شريعة منفرد أو قانون منفرد. وكنت ممن قدر لي الله سبحانه وتعالى أن أدرس القانون كتخصص رئيس والسياسة كتخصص فرعي. وأعترف الآن بقصوري في مجال الشريعة. وأنا طالب اتخذت هذا المسار فإذا بي وأنا مدرس في ذات الكلية أكلف أو يطلب مني أن أقارن بين الشريعة والقانون في مجال تخصصي .

عنوان هذه الجلسة هو " توحيد التعليم الشرعي والقانوني: الخريج والمدرس وطرق التدريس" . المتصور أن أوراق العمل التي سوف تبحث في هذا المحور أن تتعلق بهذا الإطار العام. لكن ورقة الأستاذ الفاضل عبدالناصر العطار استعرضت محاولات لحل معضلة كيفية تخريج قانوني أو شرعي في إطار معين. أما ورقة الدكتور سراج فالقسم الأول منها كان يتعلق بموضوع منهجية التدريس وطرق التدريس في قسم الشريعة ولكن القسم الثاني منها كان حول موضوع الفقه

---

* مدرس القانون العام بقسم النظم العامة والسياسة الشرعية .

التجاري الاسلامي فبالتالي لن أتطرق إليه. أما ورقة الدكتور حبشي فمن استعراضها السريع توحي بأنه لكي نوحد الثقافتين فيجب أن نكون شرعيين تماماً. وهذا ليس بنقد وإنما قراءة عامة لما ورد فيها.

بداية لم تتناول الأوراق كيفية إعداد المدرس. المدرس الذي سوف يقوم بتنزيل أو بتطبيق مانطلبه منه من توحيد هاتين الثقافتين . أتفق مع الدكتور عبدالناصر والدكتور سراج في وجوب نقل عبء الجمع بين الثقافتين إلى الأستاذ دون إلقائه على الطالب لعدم تشتيت ذهنه. لكن ما المجهود الذي بُذل أو يجب أن نبذله لإعداد هذا المدرس. ما المجهود الذي نبذله لتوليد أدوات المقارنة مع الشريعة لدى الحائز على درجة الدكتوراه في القانون والعكس صحيح .

ماهو السبيل لإعداده : هل سيكون ذلك عن طريق الدبلومات الاضافية التي أخذت بها جامعة أسيوط أم من خلال عقد دورات تأهيلية للطرفين.

إضافة إلى ذلك ماهو دور المكوّن اللغوي الأجنبي لدى المدرس الذي سوف يتناول هذه الخطة. الدكتور سراج ذكر أن خريج الشريعة لابد أن يكون ملماً بلغة أجنبية لكي يطلع. لكن ماهو وزن هذا المكون اللغوي لدي المدرس نفسه وليس فقط الخريج.

بالنسبة لطرق التدريس فهل تستقر عند الطرق التقليدية من خلال توفير كتاب يقارن بين الثقافتين الشرعية والقانونية ويشرحه المدرس. أم ننطلق إلى أفق أوسع من خلال وجود محكمة تدريبية أو تدريب صيفي يتعايش فيه الطلبة مع القضايا القانونية والشرعية في المحاكم، أو من خلال وسائل تقنية جديدة .

نقطة أخرى هي أن الدكتور عبدالناصر العطار في استعراضه للمناهج يشير

إلى - ورة الاتجاه إلى دمج مناهج الشريعة والقانون لأنه سيسفر في الظروف الحالية والتي يؤمن الكثيرون بأن الغلبة فيها ليست للشريعة عن إلغاء كليات الشريعة، مع أن هذه التجربة - المحذّر منها - هي التي من أجلها عقدت هذه الندوة أساساً لطرحها للنقاش ولتبنيها في جامعة الامارات وبالأمس طرح الدكتور الجمال هذه النقطة. فهل ما قاله الدكتور العطار من تخوف هو ناتج عن مسألة افتراضية أم من واقع مجرب ومعاش في بعض الكليات.

النقطة الأخيرة هي بالنسبة للخريج . فما هي نوعية الخريج المطلوب تخريجه من الكليات التي سوف تتبنى منهج التوحيد بين الثقافتين. هذه إشكالية طرح كل من الأساتذة الأفاضل تصوراً خاصاً بها. فهل هو خريج متعمق في دراسة الشريعة والاستنباط من مصادرها كما يطالب د. عبدالناصر العطار، أم هو خريج نكوّن لديه عقلية فقهية وقانونية تعاونه في تفسير وفهم القوانين وتطبيقها في الواقع العملي كما يذكر د. سراج، أم هو خريج يتلاءم مع الظروف الواقعية أي لشغل الوظائف القانونية سواء كان محامياً أو قاضياً أو مستشاراً قانونياً. فلا بد أن نحدد هدفنا من هذا الخريج لكي نضع له مايلائمه.

أخيراً إن التجارب في مجال توحيد الشريعة والقانون سواء أكانت ذلك بالنسبة للمدرس أم طرق التدريس أم الخريج يجب أن لاتكون تجارب فردية أو كما يعبر عنه في اللغة الانجليزية One Man Show يعني هي فكرة شخص واحد وهو الذي يريد أن يبدأ بها من ألفها إلى يائها، بل لابد من تلاقي الأفكار وتبادل التجارب.



الجلسة السادسة

تطوير الدراسة في مجال التنظيم والإدارة

رئيس الجلسة : المستشار فهد السبهان

رئيس النيابة العامة - دبي ·

المتحدثون : أ·د· احمد كمال أبو المجد

وزير الإعلام والثقافة السابق بمصر أستاذ القانون العام بجامعة القاهرة·

أ·د· محمود احمد أبوليل

أستاذ السياسة الشرعية بكلية الشريعة والقانون·

المعقب : د· هادف راشد العويس

رئيس قسم النظم العامة والسياسة والشرعية بكلية الشريعة والقانون·

تطوير الدراسة في مجال التنظيم والإدارة

للأستاذ الدكتور / محمود احمد ابو ليل *

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد :

فهذه ورقة أعدت على عجل تتعلق بتطوير الدراسة في مجال نظام الحكم والإدارة ، وهي في حقيقة الأمر لاتحمل تصوراً كاملاً ولا مشروعاً شاملاً لتطوير هذه الدراسة بالمفهوم الدقيق ، إنما هي مجرد وقفات سريعة ورؤى محدودة أرجو أن تشكل معالم في هذا الطريق ، وقبسات مضيئة يستهدى بها في عملية التطوير التي نرجو أن تبلغ من التوفيق والكمال في الشكل والمضمون مايجعلها محل الانتساء ومثال الاحتذاء لكليات الشريعة والحقوق في الجامعات العربية والاسلامية .

وقد تقاضانا الأمر أن نتحدث عن جانبين أساسيين لهذا الموضوع :

الجانب الأول وهو الأهم : منهجية الدراسة في مجال نظام الحكم والادارة .

والجانب الثاني وهو جانب تكميلي : طريقة التدريس في هذا المجال

الجانب الأول : منهجية الدراسة في مجال نظام الحكم والإدرة

بالنسبة للجانب الأول المتعلق بمنهجية الدراسة في نظام الحكم والإدارة فأرى أن لا مندوحة لنا - بادىء ذي بدء - من إلقاء بعض الضوء على مفهوم هذه الدراسة ومكانتها انطلاقاً من القاعدة القائلة : إنّ الحكم على الشيء فرع عن تصوره .

وتحقيقاً لذلك نقول : إن نظام الحكم يعني مجموعة القواعد الأساسية التي تبين شكل الدولة وفلسفتها ونوع الحكومة وكيفية تنظيم السلطات العامة من حيث تكوين

---

* أستاذ السياسة الشرعية بقسم الدراسات الأساسية بالكلية .

كل منها واختصاصاتها وعلاقة بعضها ببعض كما تبين حقوق الأفراد والجماعات ووسائل ممارستها(١)، ويرادف نظام الحكم في مصطلح القانونيين القانون الدستوري.

وأما نظام الإدارة فهو عبارة عن مجموعة القواعد والمبادىء المتعلقة بالإدارة العامة في الدولة من حيث تكوينها وتنظيمها وممارستها لأنشطتها . في جميع مؤسساتها وفروعها ، وهي تعني القانون الإداري عند القانونيين .

ونلاحظ أن بين النظامين ارتباطاً وثيقاً وتداخلاً شديداً ، فنظام الحكم يبين كيف تشيد الأجهزة الحكومية ، ونظام الإدارة يبين كيف تدار تلك الأجهزة بشكل عملي مفصل ، فالإدارة امتداد طبيعي لنظام الحكم تتأثر بفلسفته ، وتعمل على تحقيق مايرسم لها من السياسات العامة ، كما أن دورها يتعدى أحياناً مهمة الأداء والتطبيق إلى تكوين السياسات ورسمها على المستويات المحدودة .

ولما بين النظامين من التداخل الشديد جاز أن ينظر إليهما في عملية التطوير كوحدة واحدة ، وأن وردا في خطة الكلية في مساقين اثنين .

وتطوير الدراسة في نظام الحكم والادارة نحو الأمثل والأفضل أمر في غاية الأهمية لأن محلهما من القوانين الأخرى - في تقديري - بمنزلة القلب من الجسد إذا صلح صلح الجسد كله وإذا فسد فسد الجسد كله .

فنظام الحكم أو قُلْ : دستور الدولة ، هو القانون الأساسي والاطار الخارجي لتشريع كل دولة ، وهو الذي يوحي برسم السياسة التشريعية في كل المجالات ، وأهميته لاتحتاج إلى بيان .

----

(١) انظر : نظم الحكم والإدارة في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية / المستشار علي منصور ص ٣٥ - ط١ - ١٩٦٥ ، مطبعة دار الفجر .(٢) المرجع السابق ص ١٨٣ .

والادارة العامة هي الأخرى قد تغلغلت في مختلف شئون الحياة بعد أن كثر تدخل الدولة في العديد من المجالات تحرياً لتحقيق المصلحة العامة ، حتى إنها أصبحت تعنى بشئون الفرد من لحظة ولادته وتزويده بشهادة ميلاده إلى حين وفاته وتزويد ذويه بشهادة وفاته لدفنه في المقابر العامة .

وبعد هذه النظرة العجلى على أبعاد هذا الموضوع وأهميته نرى أن منهجية الدراسة في مجال نظام الحكم والإدارة ينبغي أن تقوم على الأسس الثلاثة الآتية :

الأساس الأول : تعريف الطالب بالأشكال الرئيسة لنظم الحكم والإدارة السائدة في عالم اليوم ، وإبراز الأسس التي تقوم عليها ، وبيان مالها وما عليها ، مما يساعد على توسيع أفق الطالب وانفتاحه على أوضاع عصره .

الأساس الثاني : إحاطة الطالب ، وبشكل كاف ، بالمعالم الأساسية لنظام الحكم والإدارة القائم في دولة الامارات العربية المتحدة ، وإجراء المقارنة بينها وبين النظريات العلمية وتطبيقاتها العملية في الأنظمة الدولية المختلفة ، بالقدر الذي يسمح به المقام وتدعو إليه الضرورة ، حتى يكون الطالب على بصارة ودراية من نظام المجتمع الذي يعيش في كنفه ويعد نفسه للإسهام في خدمته والتصدي لمشكلاته والتفاعل معها .

الأساس الثالث : أن تتم صياغة المنهج في إطار إسلامي وبروح إسلامية بطاً للشريعة بالقانون والفقه بالواقع استجابة للتوجهات الاسلامية لدولة الامارات عربية المتحدة كما يوحي به دستورها وتشكيل مؤسساتها ومرجعية قوانينها وتصريحات قادتها ، وكذلك انطلاقاً من التراث الحضاري لمجتمع هذه الدولة الذي يقوم على العقيدة الاسلامية والأعراف الاسلامية ، والقانون و النظام الناجح هو

الذي يتفاعل ويتجاوب مع تراث المجتمع وينطلق من قيمه ومبادئه ويصطبغ بفلسفته الدينية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية والثقافية وتقاليده الموروثة ، مثلما يتجه كذلك لمحاورة الواقع ومعالجته بمختلف أبعاده وتعقيداته ومستجداته ، فيجمع بذلك بين الأصالة والمعاصرة ، وبين الثبات في القواعد والمبادىء وبين التجدد والتطور في التفصيل والتفريع .

ثم إن العمل على أسلمة القوانين والأنظمة يعتبر فوق ذلك مسئولية دينية وغيرة إيمانية وضرورة حتمية لبناء الشخصية وتدعيم الهوية والتحرر من أشكال التبعية الثقافية والفكرية والقانونية ، وهو كذلك خطوة هامة على طريق الوحدة العربية والاسلامية، من قبل أن الإسلام هو الإطار الوحيد الذي يمكن أن تنبني عليه الوحدة التشريعية والقانونية للعرب والمسلمين بحكم عقيدتهم وتراثهم ، ومن ثم تتمهد السبيل للوحدة الشاملة .

هذا ومما يؤكد الحاجة إلى العناية بالبعد الاسلامي في مجال دراسة نظام الحكم والإدارة أنه لايوجد في الخطة الدراسية الأخيرة لكلية الشريعة والقانون مساق خاص بالنظام الإداري في الاسلام ، وليس فيها إلا مساق يتعلق بنظام الحكم في الاسلام، ولكنه مساق اختياري ، كما أن المساقات الأخرى ذات الصلة بالسياسة الشرعية كنظام القضاء في الإسلام والعلاقات الدولية في الاسلام والنظام المالي في الإسلام كلها مساقات اختيارية ومن الممكن أن يتخرج الطالب دون دراسة شيء منها ، فكان لزاماً والحالة تلك أن يقف الطالب في الدراسة الإلزامية لنظام الحكم والإدارة على فلسفة التشريع الاسلامي في هذا المجال وذلك من خلال إبراز القواعد الاسلامية الأساسية والتطبيقات العملية المتعلقة بذلك وإقامة الموازنة الممكنة بينها وبين النظريات والأساليب السياسية والإدارية السائدة في العصر الحديث .

ولعله من المفيد في هذا الصدد أن نذكر بالحقائق التالية :

أولاً : من نافلة القول الإشارة إلى أن الإسلام ليس نحلة تعبدية ضيقة إنما هو منهاج كامل ومتكامل يغطي بظلاله الوارفة سائر جوانب الحياة الإنسانية ومختلف قطاعاتها ، فهو دين ودولة ، ونظرية سياسية واقتصادية واجتماعية وأخلاقية ، وفيه العلاج الشافي لكل مشاكل الحياة ، وقد أوضح للناس معالم الحق ومنائر الهدى في الشئون العامة والخاصة على السواء .

وغني عن البيان إن الإسلام قد سلك في معالجة القضايا الانسانية المتنوعة طريقين :

طريق التشريع التفصيلي الذي يضع الأمور في نصابها ويحدد الأحكام المفصلة والثابتة لكثير من المسائل ، وغالباً مايكون ذلك في المجالات المرتبطة بالفطرة الثابتة للإنسان ولاتتأثر بعوامل التطور واختلاف الزمان والمكان كالعبادات مثلاً .

وطريق التعميم والتوجيه وإرساء القواعد والكليات العامة والمعالم الفسيحة التي لاتختلف من أمة عن أمة ولا في زمان عن زمان والتي تفتح للعلماء باب الاجتهاد في التفصيلات والمستجدات وما يعرض للناس من شئون تموج بها الحياة في يومهم وغدهم ، كما تفسح للحكام مجال الإبداع والتحديث ومواكبة روح العصر في التخطيط والإدارة والتنظيم ، مع الاستهداء بنور الشريعة ، والمحافظة على مقاصدها وعدم التعدي لقواطعها وحدودها التي تعتبر فواصل حاسمة بين الخير والشر و الحلال والحرام .

وبهذا يكون المسلمون في فسحة من دينهم وسعة من أمرهم ، فلا يجدون حرجاً في تدبير شئون مجتمعهم ولايضيقون بحادثة أو حاجة ، ولايقصرون عن تحقيق أية مصلحة جادة ولا عن مسايرة الزمن في تطوراته .

ثانياً : إن أهم القواعد التي يرتكز إليها نظام الحكم في الاسلام ثلاث قواعد هي :

أ - **تحقيق العدل** الذي هو شعار الاسلام ومدار أحكامه ، وهو المقصد الأسمى للشرائع السماوية كلها والقاسم المشترك بينها وقد جعل الله الشريعة الاسلامية كلها ميزاناً للعدل ونبراساً للحق ، وقسطاساً مستقيماً لتحديد الحقوق والواجبات ، قال ابن القيم عن الشريعة : " .... وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور ، وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن دخلت فيها بالتأويل ، فالشريعة عدل الله بين عباده ورحمته بين خلقه وظله في أرضه وحكمته الدالة عليه وعلى رسوله صلى الله عليه وسلم أصدق دلالة وأتمها " .

وقد ذكر ابن تيمية أن أمور الناس تستقيم في الدنيا مع العدل الذي فيه الاشتراك في أنواع الإثم أكثر مما تستقيم مع الظلم في الحقوق وإن لم تشترك في إثم، ولهذا قيل : إن الله يقيم الدولة العادلة وإن كانت كافرة ولايقيم الظالمة وإن كانت مسلمة .

ب - **تحقيق المساواة بين الناس في الحقوق والواجبات** ، فلا اعتبار بالفوارق الطبقية والعنصرية واللونية واللغوية بين الناس ، ولا تفاضل إلا بالتقوى والعمل الصالح ، ولامكان في تعاليم الاسلام للتفرقة العنصرية ولا لنظرية الشعب المختار ، فالناس كلهم في نظر الاسلام - على اختلاف السنتهم وألوانهم ، يرتدون إلى أصل واحد وهو آدم عليه السلام وزوجه حواء وإن مثلهم في ذلك مثل الدوحة العظيمة التي نمت من بذرة واحدة فاستوت على سوقها واستعظمت بأفنانها حتى ملأت الأرجاء والفضاء ، فإن كان غصن أينع من غصن أو أكثر عطاء ونماء ، فليس مرد ذلك إلى اختلاف المنشأ وتباين الأصل الذي يجعل ذلك التمايز ضربة لازب أو صفة ذاتية لاتحول ولاتزول ، إنما ينشأ ذلك عن ظروف خاصة ومؤثرات اجتماعية

وبيئية (١) .

وفي ظل هذه النظرة السامية تآخت العناصر الاسلامية من عرب وترك وفرس وهنود وأحرار وعبيد ، وتكافأت أمام الجميع فرص التقدم والرقي ، وقد كفل هذا المبدأ للاسلام حيوية متجددة وسخر له سيوفاً تدافع عنه وكفت المسلمين كثيراً من الشرور في العصور الوسطى .

ج - **الالتزام بالشورى قاعدة أساسية للحكم** أخذاً من قوله تعالى : " وشاورهم في الأمر " وقوله : " وأمرهم شورى بينهم " و نلاحظ أن الله سبحانه وتعالى قد ساق وصف المؤمنين بهذا مساق الأوصاف الثابتة والسجايا اللازمة كأنه شأن الاسلام والمسلمين ، وأورده في سياق الوصف بإقامة الصلاة وإنفاق المال للتنويه به ، وسميت السورة التي وردت بها هذه الآية باسم الشورى إبرازاً لمكانتها في الاسلام .

وقد استنتج الشيخ محمد عبده من إيجاب المشاورة على الحكام وإيجاب النصح على المحكومين أن النظام النيابي واجب في الاسلام قائلاً : " إن النصح والشورى لايتمان إلا بقيام فئة خاصة من الناس تشاور وتناصح ، إذ ليس في وسع جمهور الأمة القيام بها ، وإذا كان ذلك الواجب المفروض على الحكام والمحكومين لايتم إلا بوجود هذه الفئة كان تخصيص فريق من الأمة لهذا العمل واجباً عملاً بالأصل المتفق عليه : " مالايتم الواجب إلا به فهو واجب " (٢) .

----

(١) انظر : الرسالة الخالدة لعبد الرحمن عزام ص ٢٣٢ ومابعدها .

(٢) نقلاً عن السياسة الشرعية لعبد الوهاب خلاف ص ٢٨ . ط ١ .

ويذكر أنه قد أنشئت في قرطبة بالأندلس دار الشورى والقضاء ، أعضاؤها من جلة العلماء ، وكثيراً مايذكر في تراجم علماء الأندلس أن فلاناً كان مشاوراً ، وطلب فلان إلى الشورى فأبى .

هذا ويتسع مجال الشورى في الاسلام لكل القضايا العامة التي تختلف فيها وجهات النظر ولم يرد فيها حسم من الكتاب والسنة .

ثالثاً: إن من أهم القواعد في مجال الإدارة، فضلاً عما سبق، أربع قواعد وهي:

أ - **اعتماد الكفاءة الشخصية** القائمة على معيار القوة والأمانة في الاختيار للوظيفة العامة أخذاً من قوله تعالى على لسان ابنة شعيب عليه السلام : " إن خير من استأجرت القوي الأمين " وهذا يؤدي إلى وضع الرجل المناسب في المكان المناسب دون اعتبار لعرق أو ولاء .

ب - **النظر إلى الوظيفة على أنها أمانة ومسئولية** وليست امتيازاً أو استئثاراً أو تسلطاً ، جاء في الحديث عن الولاية : " إنها أمانة وإنها يوم القيامة خزي وندامة إلا من أخذها بحقها وأدى الذي عليه فيها " وقال تعالى : " إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها " .

ج - **مراعاة التيسير والرفق وتبسيط الإجراءات** وسرعة الانجاز واحترام كرامة الانسان استلهاماً من روح الشريعة ومبادئها العامة ، ومما يعين على ذلك اعتماد اللامركزية في الإدارة وهو الذي كانت تميل إليه الإدارة الاسلامية .

د - **العناية بحقوق العمال والموظفين** وتأمين الكفاية لهم أخذاً من قوله صلى الله عليه وسلم : " أعط الأجير أجره قبل أن يجف عرقه " وقوله أيضاً : " من كان لنا عاملاً ولم يكن له مسكن فليتخذ مسكناً ، ومن لم يكن له زوج فليتخذ

زوجاً ومن لم يجد خادماً فليتخذ خادماً ومن لم يجد دابة فليتخذ دابة ومن اتخذ غير ذلك فهو غال أو سارق " .

رابعاً: إن من الأهمية بمكان أن يعلم أن ماصدر عن النبي صلى الله عليه وسلم من تصرفات ليس كله سواء من حيث الوصف التشريعي .

فما صدر عنه صلى الله عليه وسلم بوصف النبوة والتبليغ ، وهو الغالب عليه، يكون تشريعاً خالداً وملزماً للأمة جمعاء ، وماصدر عنه بوصف القضاء يلزم القضاة وليس لأحد أن يقدم عليه إلا بحكم قاض ، وماصدر عنه بوصف الإمامة والسياسة ورعاية المصلحة لا إلزام فيه إلا إن صدر عن إمام العصر ، وللإمام أن يجري فيه من التعديل بما يتلاءم ومعطيات عصره انطلاقاً من قاعدتي المصالح المرسلة والاستحسان اللتين تفتحان للناس باب الرحمة من الشريعة نفسها وتفسحان صدرها لاحتواء كل جديد نافع واجتلاب سائر المصالح ودرء مختلف المفاسد ، والمصلحة في نظر الشريعة هي كل مايؤدي إلى حفظ المقاصد الضرورية الخمسة : الدين والنفس والعقل والنسل والمال ، سواء أكان هذا الحفظ من جانب الوجود بالعمل على إقامة هذه المصالح وتنميتها أو من جانب العدم بدرء مايؤدي إلى فسادها واختلالها الواقع أو المتوقع . والمصلحة هي غاية الشريعة ، وأينما وجدت فثم شرع الله .

خامساً : إن الدولة في الاسلام ، وإن كانت مرتكزة على العقيدة الاسلامية ومحكومة بموجهاتها وقواعد شريعتها ومسئولة عن تطبيق أحكامها ، إلا أنها لاتعتبر دولة ثيوقراطية ، كما لاتعتبر دولة تسلطية أو بوليسية ، إنما هي دولة مدنية دستورية متميزة قائمة على عقيدة الأمة وقيمها وأعرافها ، السيادة فيها للشريعة والسلطان للأمة تمنحه للخليفة بالمبايعة ، والشورى أساس الحكم فيها ، وليس

للخليفة فيها امتياز أو استئثار أو قداسة أو عصمة ، وليس له صفة الهية ولايستمد سلطانه من قوة غيبية ، ولايملك تغيير أحكام الشريعة ولايحتكر تفسير نصوصها ، ومسئولية حماية الدين تقع على المسلمين جميعاً " كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته" . وباب الاجتهاد مفتوح لكل من توافرت فيه شروطه ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر مسئولية عامة .

وليس أدل على ماقلنا من قول أبي بكر رضي الله عنه : " إني وليت عليكم ولست بخيركم فإن أحسنت فأعينوي وإن أسأت فقوموني " وقول عمر رضي الله عنه: " من رأى منكم فيَّ اعوجاج فليقومه " .

سادساً : إن مبادىء الاسلام السمحة لاتمنع الاقتباس الرشيد من الغير والافادة من تجاربهم ومبتكراتهم في مجالات التنظيم ولتخطيط والتنسيق والتنفيذ والتوظيف وغيرها من المجالات ، وبخاصة في الجوانب الفنية منها ، مادام ذلك يحقق المصلحة ولايتعارض مع قواعد الشريعة ، فالحكمة ضالة المؤمن أينما وجدها التقطها ، والاقتباس البصير ضرب من الاجتهاد ، ونوع من طلب العلم ، والأخذ بأسباب القوة وعوامل النهضة ، والعلم ملك للجميع ، والتجارب الانسانية ميراث مشترك ، والله عز وجل جعل في فطرة العقل البشري الاهتداء إلى وجوه الخير إذا ما تخلص من أغراض النفوس ومزاجياتها وصراعات المبادىء ومناوراتها ، وعنادية المذاهب وعصبياتها . وليس من المحتم أن تكون المجتهدات البشرية في مجال الادارة والحكم وغيرها من مجالات القانون خروجاً على شريعة الله ، بل قد تكون تجسيداً لروح التشريع وصياغة فنية لمنطقه وحكمته التي هي ثمرة الحكمة الإلهية ، مادام هذا الاجتهاد محكوماً بضوابط المصلحة و موازين العدالة . وقد سبق أن اقتبس المسلمون عن الفرس والروم نظام الدواوين وقد بلغت عند الماوردي خمسة عشر نوعاً ، واقتبس العباسيون عن الفرس كذلك نظام قاضي القضاة ولكنهم صبوا

كل أولئك في قوالب إسلامية وصبغوه بالصبغة الشرعية .

هذا وإن لكل مجتمع خصوصياته وثوابته ، وبالتالي لايصح الاقتباس العشوائي والتقليد الأعمى لما يؤدي إليه من مسخ الشخصية ، وهو في الحقيقة إفلاس لا اقتباس ، وإن عملية نقل نسق إداري معين من بيئة ما ومحاولة زرعه في بيئة مختلفة هي أشبه ماتكون بعملية زرع جزء غريب في جسم إنسان سرعان مايلفظه.

فلا بد من الاختيار الواعي مع إدخال التطوير اللازم لإلباس ما نختاره الثوب الشرعي المنسجم مع أعرافنا وحضارتنا .

الجانب الثاني: طريقة التدريس في هذا المجال:

ينقسم الحديث في هذا الجانب إلى شقين :

الشق الأول : الإشارة إلى الملاحظات العامة التي ترفع كفاءة التدريس بصفة عامة سواء في مجال نظام الحكم والإدارة أو في غيره من المجالات .

الشق الثاني : الإشارة إلى مايخص هذا المجال من ملاحظات أو ما هو به أخص .

فبالنسبة للشق الأول نكتفي بالحديث عن المحاور الآتية :

١ - من حيث طريقة الأداء:

لاشك أن مما يرفع مستوى الأداء في المحاضرة أن يعتمد المدرس أسلوب الحوار والاستقراء والتشويق وإثارة الحيوية وأن يراعي توزيع الأسئلة وتعزيز الإجابة والتزام الفصيحة واعتدال اللهجة وعدم الاستطراد وترك الجلوس لغير ضرورة وحسن التحضير وإجادة العرض والترتيب وغير ذلك من القضايا العامة المعروفة .

٢ - في مجال المراجع :

لابد أن يكون هناك مرجع رئيس يغطي فقرات المنهج يعول عليه الطالب في الدراسة والتحصيل ، ويكون عمدة المدرس في التقويم والتقدير بالإضافة إلى بعض المراجع المساعدة التي توسع من أفق الطالب وتعمق من معرفته .

٣ - في مجال التعلم الذاتي :

لابد أن يترك للطلاب في هذا المجال بعض مفردات المنهج لتحضيرها والبحث فيها من مراجع متعددة ومحددة تعويداً لهم على البحث المستقل والتفكير الحر ، والاعتماد على الذات ، ويدفع الطلبة لحمل ذلك محمل الجد بإشعارهم بأن لها نصيباً في عملية التقويم ، وهذا يستدعي الاطمئنان إلى توفر المراجع اللازمة وبالقدر الكافي علماً بأن بعض الجامعات الحديثة التي تعتمد طريقة الساعات المعتمدة لاتعتمد مرجعاً محدداً في تدريس كامل المنهج وليس في فقرات يسيرة منه فحسب ، إنما تعتمد جملة من المراجع وتكون مواضيع المساق كلها بمنزلة الأبحاث يكلف الطلاب بإعدادها ، وأرى أن الاعتماد الكلي على هذه الطريقة في التدريس له سلبياته العديدة ومن أهمها : إشغال الطالب أثناء المحاضرة بالتدوين والتلخيص مادام ليس له مرجع محدد ، وتضرر الطالب الغائب وعجزه عن تدارك مافاته ، وقد يجنح المحاضر كذلك إلى الأسلوب الاملائي البطيء لإتاحة الفرصة لتسجيل أكبر قدر من الملاحظات ، ويؤدي ذلك إلى الملل وهدر الوقت ، كما ينتج عنه صعوبة في تحقيق المساواة والعدالة في عملية التقويم .

وبالنسبة للشق الثاني نشير إلى الملاحظات الآتية :

١ - محاولة الافادة من الأجهزة الحديثة في استعمال الشفافيات لعرض الوسائل التوضيحية المتعلقة بفقرات المنهج أو ببعضها على الأقل ، لما في ذلك من

تشويق للطلبة وشد لأنظارهم وجذب لانتباههم وتركيزهم ، مع تلافي سلبيات استعمال الطباشير مثل : تلويث الأصابع وإضاعة الوقت والاضطرار إلى استدبار الطلبة أثناء الكتابة وغيرها .

٢ - أن يقرر على الطلاب بعض النصوص الفقهية من كتب الأحكام السلطانية التراثية ذات الصلة بالدراسة ربطاً للطلاب بتراثهم ، وشحذاً لأذهانهم وتعويداً لهم على مطالعة المصادر الفقهية الأصيلة ومعرفة أسلوبها ومصطلحاتها وطريقة تبويبها ليسهل الرجوع إليها عند الحاجة .

٣ - أن يهتم في العملية التدريسية بالجانب التطبيقي العملي بقدر الامكان ، ومما يساعد على ذلك عقد عدة لقاءات منظمة في الفصل الدراسي بين الطلبة وعدد من المسئولين الحكوميين والاداريين في المجالات المتعددة يتحدث كل مسئول فيها عن فلسفة الادارة في دائرته وكيف يتم صنع القرار الاداري فيها عبر مراحله المختلفة .

٤ - أن يهتم بتكليف الطلبة بالأبحاث العملية الميدانية بدلاً من التركيز على الأبحاث النظرية التي غالباً لايأتي بها الطالب على الوجه السليم ، فمن المناسب مثلاً أن يطلب إلى الطلبة تقديم دراسات ميدانية عن نظام العمل في مختلف المصالح الحكومية الاتحادية والمحلية وإبداء الملاحظات عليها وإدارة حوار عليها .

هذه أهم الملاحظات في هذا الجانب وهي لاجديد فيها في الواقع ، ولكن أحببت الاشارة إليها استكمالاً لموضوع الدراسة .

وأرجو أن أكون بذلك قد سلطت بعض الأضواء على عملية التطوير المنشودة في مجال نظام الحكم والإدارة .

والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ،،

الجلسة السابعة

تطوير الدراسة في مجال الجرائم والعقوبات

رئيس الجلسة : **المستشار عبدالوهاب عبدول ٠**

المتحدثون : **السيد الدكتور محمد كمال إمام**
أستاذ بجامعة الاسكندرية

السيد الدكتور مدحت عبدالحليم رمضان
مدرس بكلية الشريعة والقانون

المعقب : **المستشار فهد السبهان**
رئيس نيابة دبي ٠

نحو تطوير الدرس الجنائي الإسلامي

للدكتور محمد كمال الدين إمام*

لا يعمل العقل في فراغ ، وإنما يتعامل مع تصورات ، ويتحاور مع واقع، وأية محاولة للنظر في منهج دراسي ، جزئي أو كلي ، هي حركة عقلية ترتبط بتصور وتتحاور مع واقع ، وتستهدف في النهاية تقديم مقترحات أو الوصول إلى نتائج .

ولأن العلم الجنائي في جانبه التشريعي هو لحمة هذه الورقة وسداها ، والغاية منها بدء الحوار حول مفردات منهج يتسم بالدقة والمرونة معاً ، وحتى تكون المساحة المتاحة لتدريس التشريع الجنائي الإسلامي أوفي بالغرض وملائمة لأهدافها ، جاءت هذه الورقة رباعية العناصر .

اولا - الإسلام المعاصر

يتحرك الإسلام المعاصر في بيئة لها قسمات خاصة وملامح مفارقة ينبغي أن توضع في الحسبان باعتبارها البيئة التي يصمم المنهج في سياقها وتصاغ مفرداته، وأمامنا القوى الفاعلة في هذه البيئة ، قبولاً ورفضاً ، وتناقضاً وانسجاماً . وفي هذا الصدد نشير إلى ما يلي :

١ - منذ بداية هذا القرن ، والإسلام جزء أساسي من الخطاب العام في المجتمع، لكنه في العقود الثلاثة الأخيرة أصبح ظاهرة قوية تجتاح الأفكار السائدة ، وتتوغل في مجالات اجتماعية وسياسية وثقافية ، حتى أصبح

---

* أستاذ مساعد بكلية الحقوق - قسم الشريعة الإسلامية جامعة الاسكندرية .

فهم آليات الإسلام المعاصر - بين التحدي والتصدي - أمراً لا يكفي فيه تفسير الأنظمة الإقليمية ، وإنما يستوجب فهم النظام الدولي ، وكلا الأمرين بالغ التعقيد والتركيب ، لأن البناء التشريعي للإسلام لا يُقدم منعزلاً عن صلاحية الإسلام كبديل ، وهذا يجعل الإسلام السياسي في قلب المنهج التشريعي بكل ما لهذا الوجود من أصداء ومتطلبات في صياغة التشريع وإعداد المناهج . وفي إطار هذه الصدد يمكن الإجابة على عدد من التساؤلات في المجال الجنائي تتعلق بسريان النصوص على الأشخاص ، وحل إشكاليات التمايز الديني ، وصياغة إسلامية لحقوق الإنسان في الجانب الجنائي ، ووضع ضوابط النقد المباح للنصوص ، وقواعد فهم الواقع، وربما كانت التجارب المعاصرة بكل تداعياتها نموذجاً يجسد اللحظة التاريخية الراهنة ، وما فيها من ترقب وتوتر . وهي لحظة ملأى بالتوقعات المتباينة ، وتعني ضرورة التعامل مع الحضور الجديد للإسلام على الساحات المحلية والإقليمية والدولية .

٢ - إن الجهود المبذولة لتجديد الفقه وإصلاح الفكر ، لا انعكاس لها على إصلاح مناهج التدريس ، بما يجعل الساحة الفقهية الراهنة - في الأغلب الأعم - امتداداً للجهود الذي شهدته الأمة منذ قرون ، وهو ما صوره الشيخ " محمد مصطفى المراغي " في مذكرته الإصلاحية التي كتبها عام ١٩٢٨ عندما قال :

" ولكن العلماء في القرون الأخيرة استكانوا للراحة ، وظنوا أنه لا مطمع لهم في الاجتهاد ، ورضوا بالتقليد ، وعكفوا على كتب لا يوجد فيها روح العلم ، وابتعدوا عن الناس ، فجهلوا الحياة ، وجهلهم الناس ، وجهلوا طرق التفكير الحديث ، وطرق البحث الحديث ، وجهلوا ما جد في

الحياة من علم ، وما جد فيها من مذاهب وآراء ، فأعرض الناس عنهم ، ونقموا هم على الناس، فلم يؤدوا الواجب الديني الذي خصصوا أنفسهم له".
وهو ما قاله " ابن القيم " منذ ستة قرون في مثل هؤلاء بقوله : " لقد جعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح العباد ، محتاجة إلى غيرها ، وصدوا على أنفسهم طرقاً صحيحة من معرفة الحق والتنفيذ له ، ظناً منهم أنها منافية لقواعد الشرع ، ولعمري أنها لا تنافي ما جاء به الرسول صلى الله عليه وسلم ، وإنما نافت ما فهموه من الشريعة ، والذي أوجب لهم ذلك نوع من تقصير في معرفة الشريعة ، وتقصير في معرفة الواقع ، وتنزيل أحدهما على الآخر " .

وهذا يعني أن الأنساق التشريعية القادرة على مواجهة الواقع الجديد لم تتكون بعد ، فحضور الإسلام سياسياً وإجتماعياً ، وغيابه عن الواقع التشريعي يقيم صعوبات جمة أمام مناهج التفكير والتقنين والتدريس .

ثانيا - الواقع المعاصر

هناك أزمة في تدريس الفقه في عالمنا الإسلامي المعاصر ، وهي أزمة لها أسبابها ودواعيها ، وتبدو الجهود الحديثة أقرب إلى استنزاف الطاقة منها إلى استئناف الاجتهاد ، وتدريس الفقه في بلادنا يقوم على منهجين :

١ - المنهج الأزهري القديم : والذي يعتمد كتاباً أو مجموعة كتب من التراث تكون مادة للبحث والحفظ والاستيعاب ، وتختار غالباً من كتب المتأخرين ، مما يجعل الدراسة الفقهية عسرة ، والنتائج العملية محدودة ، وقد وصف الشيخ المراغي هذه الكتب بقوله : " هي كتب معقدة لها طريقة خاصة في

التأليف ، لا يفهمها كل من يعرف العربية ، وإنما يفهمها من مارسها ، ومرن على فهمها ، وعرف اصطلاح مؤلفيها .

٢ - المنهج الحديث : وهو منهج أكثر تطوراً دفعت إليه الحاجة ، ونشأ في ظل اتجاه الدولة العثمانية إلى وضع تجميع لأحكام المعاملات فيما سمى " بمجلة الأحكام العدلية " ، والتي مثلت شروحها في مصر والقسطنطينية وسوريا والعراق والبنان ، الروافد الأولى لنشاط تأليفي معاصر زادت أهميته في مصر في مدرسة الحقوق الملكية ، ومدرسة القضاء الشرعي ، ومدرسة دار العلوم .

وبينما ظل التأليف في مجال المعاملات - لغيبة التشريع الإسلامي - يتطور ببطء ولا يمده القضاء العملي بما للواقع من تأثير في نمو التشريع ، فإن مجال الأحوال الشخصية - وهو جزء من المعاملات - شهد دراسات أكثر عمقاً وشروحاً أوسع وأوفى ترفده حركة القضاء بما يدعو إلى تطويره ويساعد على إثرائه وكثرت التآليف من خلال مقررات الدراسة في مدرستي الحقوق والقضاء الشرعي ، واحتلت كتابات أحمد إبراهيم وزيد الأبياني ، ومحمد سلامة ، وعبدالحكيم محمد، ومحمد الخضري ، مكانة خاصة في العقل الفقهي الحديث ، بل وتوغلت في مجالات جديدة أهمها تاريخ التشريع ، والسياسة الشرعية ، والتي كتب فيهما الشيخ المراغي و محمد البنا ، وفرج السنهوري وعبدالوهاب خلاف ومحمد علي السايس ، وعبدالرحمن تاج ، وغيرهم ، وهي حركة فقهية تتسم بالنضج وفيها مجالات تستوعب بعض جوانب الفقه الجنائي والمرافعات ، وأصول الأحكام، وينبغي رصد انتاجها ومناهجها لتكون بين يدي الباحث المعاصر .

وجاء هذا التأليف الفقهي المتطور مواكباً لنمو الدراسات المقارنة في فرنسا ، والتي فتحت إدارة الأستاذ " لامبير " لكلية الحقوق الملكية المجال أمام نخبة من

طلاب القانون في مصر للتعمق في دراسة القانون المقارن فقدموا أطروحات علمية في فقه الشريعة الإسلامية مقارنة بالفقه الحديث ، وهي دراسات أماطت اللثام عن الوجه الحقيقي لبنية الفقه الإسلامي وتطورها، وتقدمها في عدد من جوانب الدرس الفقهي القانوني ، والتي ظن الغرب أنها نتاج خالص للغرب الحديث، ومن هذه الدراسات ما كتبه عمر لطفي ، ومحمود فتحي ، ومحمد صادق فهمي ، ومحمد عبدالجواد وعبدالرزاق السنهوري ، ومحمد فؤاد مهنا ، وغيرهم ، ولو قدر لهذه الحركة الاستمرار لانعكست على الواقع التشريعي والعلمي ودفعته إلى تطور منشود، ولكن التطورات التشريعية ذاتها ، وظروف الاحتلال وسيادة التوجه العلماني ، أغفلت كثيراً هذه الجهود ، حتى دخلت معظم هذه الأطروحات في دائرة النسيان .

ومع ذلك ، فإن المحاولات التي بذلت منذ بداية هذا القرن لإعداد تشريع كامل للأحوال الشخصية في مصر ، ثم أصبحت واقعاً تشريعياً في عدد من الدول العربية ، أتاح فرصاً كثيرة لاحتكاك العقول ، وإبراز المشكلات الفعلية التي يعاني منها الفقه المعاصر - تقنيناً وتدريساً - مما أكد الحاجة إلى أمرين هما:

(أ) تقنين مستمد من الشريعة الإسلامية ، يعتمد المذاهب الفقهية المختلفة ، في نظرة إلى الفقه الإسلامي باعتباره وحدة متكاملة ، وليس تفاريق مذهبية ، مما يسمح باختيارات واسعة أمام عالم التشريع ، ويؤكد صلاحية الشريعة ، ووجوب صياغة تشريعات مستمدة منها وهو ما حرص على الدعوة إليه في دراسات متعمقة " أحمد إبراهيم "، و" عبدالوهاب خلاف "، و " محمد مصطفى المراغي " و غيرهم . ولعل هؤلاء جميعاً انطلقوا من مدرسة الأستاذ الإمام والتي عبر فيها الشيخ نفسه عن رؤية تشريعية منهجية من خلال تقريره لإصلاح القضاء الشرعي ، وقد انتهى هذا الأمل

إلى واقع تشريعي سواء في تشريعات فعلية صدرت في بعض البلدان أو مشروعات للقوانين كاملة الإعداد في انتظار إجراءات الإصدار والتطبيق .

(ب) مؤلفات جديدة تكون تعبيراً عن فقه معاصر يتابع هذه المتغيرات ويواكب التطبيق العملي بأحكامه ونوازله ، ويكون قادراً على رفع المشكلات الواردة عليه في كافة المجالات ، ولا ينبغي لهذا التأليف أن يقطع صلة الدارس المعاصر بالتراث الفقهي لأعلام المذاهب ، بل عليه أن يخفف من عنت الكتب المتأخرة ، ويتجاوز المؤلفات الوسيطة من حواشي وهوامش وتعاليق ، وقد سبق للإمام " الشاطبي " في مقدمة كتابه " الموافقات " أن انتقد الاعتماد على الكتب المتأخرة وقال : " أما ما ذكرتم من عدم اعتمادي على الكتب المتأخرة فلم يكن ذلك محض رأي ولكني اعتمدته بحسب الخبرة عند النظر في كتب المتقدمين والمتأخرين " . ونقل صاحب " نيل الابتهاج " في ترجمته للشاطبي عن أبى العباس القباب أنه كان يقول في المتأخرين : أنهم أفسدوا الفقه .

ثالثا - تطوير تدريس القانون الإسلامي

إن تطوير دراسة القانون ، ومن بينها التشريع الجنائي هي صدى للتطورات الاجتماعية ، فلا يمثل تدريس القانون مساقاً معزولاً ، بل لابد من ربط الدراسة بالواقع في ضوء الإلمام بوظيفة الدرس القانوني ، وهل هي علمية بحتة تستهدف تكوين فقيه وصاحب فكر قانوني ، أم هي عملية فحسب ، مهمتها إعداد جيل من الدارسين لتولي الوظائف والمهن القانونية على اختلافها ، أم هي علمية وعملية، لها دورها في صناعة الملكة الفقهية، وتعمل على تأهيل الكوادر المطلوبة للمهن القانونية .

إن تصميم المنهج الدراسي لأي فرع من فروع القانون ، يتأثر بلاشك بنوع الإجابة على هذه الأسئلة . ومن جانبنا فإن دراسة الفقه والقانون لا يمكن أن تكون لهدف مهني فحسب ، إن دراسة الأحكام التكليفية في المجتمع تنطوي على أصول لابد من معرفتها ، وتفاصيل لابد من الإلمام بها ، وكل ذلك يعني أن الثقافة القانونية والفقهية هي الجانب الرئيسي في عملية تدريس القانون ، فالفقه صياغة وعلم وروافد من روافد الحياة الاجتماعية .

وأتساءل : هل يمكن اقتراح منهج موحد لتدريس الفقه الجنائي في ظل تشريعات عربية متعددة ، حتى لو كان الهدف الوصول إلى تشريعات موحدة ؟ .

في الدراسات الأجنبية (١) ، الخاصة بطرق تدريس القانون خلاف في الرأي ، فبينما يرى الأستاذ " جورج أنطوني " الفقيه الأرجنتيني إمكانية التوحيد مستفيداً ببعض التجارب في أمريكا اللاتينية ، يعارض الأستاذ " هازارد " الفقيه الإمريكي إمكانية التوحيد مستدلاً على رأيه بالخلافات التي كانت بين الأنساق المنهجية في كل من الولايات المتحدة والاتحاد السوفييتي الذي غاب .

ويحاول الأستاذ الفقيه الكندي : حصر الخلافات التي تؤثر على مناهج تدريس القانون فيما يلي :

أ - اختلافات تتعلق بمضمون النظم القانونية : وهذه الاختلافات ليست هامة بذاتها ، إذ يجوز اتباع طريقة موحدة لدراسة نظم مختلفة .

ب - اختلافات تتعلق بشكل النظم القانونية : وهذه الاختلافات أكثر أهمية ، فالقوانين الموضوعة في تقنينات يتلاءم معها التدريس التوضيحي المؤصل عن طريق المحاضرات ، أما القوانين القضائية ، فتتطلب تنمية القدرة على الاستخلاص ، مما يستدعي تخصيص الجزء الاكبر من وقت الدارس - إن لم يكن كل وقته - لدراسة الأحكام المنشورة .

ويعتقد الاستاذ " هازرد " بشدة المحاولات التي تقوم بها بعض مدارس القانون في الولايات المتحدة لاستخدام طريقة القضايا في تدريس القوانين الفرنسية أو الالمانية أو قوانين أمريكا اللاتينية .

ويرى الأستاذ " بردان " أن تدريس القوانين المقننة يجب أن يتم عن طريق شرح مبادئها الأساسية ، أما دراسة القضاء فتأتى بعد ذلك لإيضاح وتجلية هذه المبادىء .

ب - اختلافات تتعلق بعادات الطلاب العقلية : وهذه الاختلافات ليس من السهل تعريفها ، وقد لاحظ الاستاذ " بودان " من خلال تدريسه للطلبة الكنديين الإنجليز والكنديين الفرنسيين ؛ اختلافات نفسية بينهم ، فالكندي الذي ينحدر من أصل إنجليزي لا يزال مصطبغاً بصبغة عملية ورثها عن أسلافه مع بعض التأثر بالظروف الأمريكية ، ولذلك وجده يهتم بالبحث عن حل عملي لكل مشكلة على حدة ، أما الكندي المنحدر من أصل فرنسي فيهتم بالناحية النظرية للمشاكل ، وبالعمليات الذهنية بصرف النظر عن نتائجها العملية .

والواقع أنه يمكن تعداد الكثير من الفروق النفسية المماثلة الموجودة بين طلاب البلاد المختلفة ، سواء كانت نتيجة الميراث العنصري أو التقاليد أو الظروف الاجتماعية ، أو مستويات التعليم ، أو المناخ الروحي والثقافي ، وعلى ضوء هذا الاختلاف يمكن القول بأن توحيد مناهج وطرق تدريس القانون ليس هدفاً عملياً ، إلا في حدود النظام القانوني الواحد ، أو في مجموعة من البلاد المتشابهة من الناحيتين القانونية والروحية .

والذي نراه أن دراسة القانون - كما يقول الفقيه " ليون دوجي " لا ينبغي أن تقتصر على تفسير نص صريح أو غامض ، ولو اقتصرت مهمة أستاذ القانون على شرحه لما استحق ذرة واحدة من جهده وعمله ، إن المهمة الأولى لهذه الكليات هي البحث عن المبادىء العامة ووضع القواعد الضرورية للفرد والجماعة والدولة ، وهذه النظرة تستبعد الفقه الأصم . بل لابد من حركة فقهية تتحرك مع الواقع وتحركه خاصة وأنه من المقرر في فقه الشريعة أن لتغير الأوضاع والأحوال الزمنية تأثيراً كبيراً في الأحكام الشرعية الاجتهادية ، وكما يقول " القرافي " في كتابه " الفروق " ما نصه : " الجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين ، وجهل بمقاصد علماء المسلمين ، والسلف الماضين " .

إن القانون صياغة وعلم وفلسفة ، وعامل من عوامل الحياة الاجتماعية ، فالقانوني المشتغل يجب أن يكون ملماً بالمبادىء الفنية وبقواعد القانون الوضعي المتعلقة بها ، ويجب أن يتوافر لديه إدراك علمي للقانون باعتباره مجموعة من المبادىء التي يمكن أن يستخلص منها الحل القانوني الصحيح ، أو جميع الحلول القانونية الصحيحة الممكنة - للمشاكل الجديدة التي لا تغطيها السوابق الأخرى . ويجب على الفقيه وعلى المشرع أن يضعا الغاية من القانون نصب أعينهم ، والعدالة هي هذه الغاية .

وما يقوله القانونيون هو ما أشار إليه بدقة الفقيه الحنبلي " ابن القيم " " في إعلام الموقعين " إن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها ، وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت من العدل إلى الجور ، وعن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة ، وعن الحكمة إلى العبث ، فليست من الشريعة ، وإن أدخلت فيها بالتأويل .

وهذه الأصول الشرعية والتشريعية تجعل من مناهج البحث ومواد التدريس دوائر متكاملة لتحقيق غايات الشريعة ، حيث لابد من أن يحتوي المنهج والدرس كلاهما ما يغطي فقه الواقع وفقه النص بلغة " ابن القيم " ، كما يقول " الدكتور إردشيك " الفقيه الألماني : " إن تدريس القانون يجب أن يتناول القانون كمثال وكواقع ، ويقول بحق فيما يتعلق بتدريب قضاة المستقبل إن الغرض الأساسي والرئيسي منه هو خلق الإدراك القانوني الصحيح وتكوين شخصية القاضي الممتاز ".

فلا يكفي - كما يرى الفقيه الفرنسي " كابيتان " - لفهم القانون ومعرفته مجرد النظر إليه كشيء جامد في حال سكون ، كما يفعل ذلك من يدرسه في الشروح ، بل يلزم لفهمه ومعرفته النظر إليه وهو في حال نشاط وحركا يتطلب من رجال الفقه الإسلامي التعامل مع كتب النوازل والفتاوي والأحكام ، وهي تراث فقهي مذخور ، تصل بعض مؤلفاته إلى مجلدات كثيرة ، وما كتبه ابن سهل ، وأبو عبدالله الأزدي وابن المناصف وابن الرامي والونشريشي وابن عابدين وابن حجر وغيرهم يستحق دراسة خاصة تحتل مكانها في مواد الدراسة في كليات الشريعة والقانون في كافة الفروع ومنها الفقه الجنائي . لقد ظلت هذه المؤلفات أمداً طويلاً نتاجاً مهملاً ومجهولاً على الرغم من أنها تمثل الفقه المتحرك إزاء الفقه ومختصراته بشروحها وحواشيها وهي الواقع والنص ، وينبغي أن تفرد لكتب النوازل - المنهج والموضوع - مساحات في مفردات الدرس الفقهي المعاصر ، فالنوازل أشبه بمجموعات الأحكام القضائية التي لا يستغنى عنها الفقيه والقاضي على السواء .

إن مشكلة التعليم الفقهي هي كيفية الاستفادة من سنوات الدراسة المخصصة لتعليم الشريعة والقانون، وبصفة خاصة في كيفية إيجاد التوازن بين أمرين :

أ - التعليم المنهجي : أي تكوين عقل الطالب، وإثارة إدراكه بالمشاكل الفقهية العميقة المتعلقة بالتشريع والقانون، وتزويده بالعلوم المساعدة التي تجعله قادراً على استنباط الأحكام من المصادر أو إنزال الأحكام على الوقائع .

ب - التمرين المهني : الذي يجعله يحيط بالأشكال القانونية المختلفة ، وما يصحبها من إجراءات ، وما يحيط بالدعاوي من خفايا وحيل وصعوبات .

إن مستوى الخريج المطلوب ينبغي أن يكون قادراً على التعامل مع النص القائم أو اختيار النص الملائم ، والتعاون مع القائم على أمر التشريع من أجل إصلاحه ، ومواكبة تغير الأحوال والزمان والمكان ، باجتهاد لا يقطع النص ولا يقاطع الواقع .

رابعاً - نحو منهج لتدريس الفقه الجنائي الإسلامي

من الصعب على باحث بمفرده أن يصمم منهجاً دراسياً ، فأي منهج لا بد أن يوضع في ظل سياسة تعليمية معدة سلفاً ، واستقر الرأي فيها . قبل تصميم المنهج . على فلسفة وأهداف ورسالة الكلية ، وما يجب أن يكون مجالاً للتركيز في مستوى الدراسة الجامعية وما ينبغي تقديمه لطالب الدراسات العليا ، وما هو حجم المنهج المطلوب الإجابة عليها المدخل الطبيعي والضروري في محاولة اقتراح منهج أو التوصية بمفردات دراسية . وفي حالتنا . كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات . فإن القدر الذي أتيح من المعلومات يدعو إلى تصميم منهج يتم في داخل نظام للساعات المعتمدة ، وهو نظام له جذوره في ثقافتنا . يقول " توماس لامونت " (١) في بحث له عن " نظام الساعات المعتمدة " نشأته وتطوره " : "

(١) أستاذ أمريكي شغل لسنوات عدة منصب عميد الكليات بالجامعة الامريكية بالقاهرة .

منشأ ومصدر نظام الساعات المعتمدة يمكن إرجاعه إلى تاريخ النظام الاختياري .. ، وقد نبتت بذور النظام الاختياري في بعض جامعات المدرسة .. ، وقد ترك للطالب حرية اختيار المدرس والمادة والحلقة الدراسية والموعد الدراسي بالإضافة إلى عدد المحاضرات التي تعطي في فترة زمنية محددة " . وهذا النظام بعد تعديله وفق تطورات ثقافية ومنهجية ، وهو أساس الساعات المعتمدة ، وفيه يسمح للطالب باختيار التخصص مع إتمام مقررات مطلوبة داخل كل تخصص ، بالإضافة إلى مقررات المعرفة العامة المحددة من جانب الجامعة ، وبهذه الطريقة يعتبر نظام الساعات المعتمدة وسيلة لتطبيق النظام الاختياري ، مع إعطاء قيمة لكل مقرر على حدة من حيث وزنه داخل ما يعرف بمتطلبات التخرج لأي درج ممنوحة .

فنظام الساعات المعتمدة إذن ما هو إلا وسيلة لإيجاد توازن ما بين فلسفتين تعليميتين :

أ - نظرية التحول في التعليم : والتي تقوم على إتمام مقررات مفروضة ، وترى أن نقل المعرفة يتم بصورة إجبارية .

ب -نظرية التخصص في التعليم : وهي تجعل كل المقررات اختارية بافتراض أن الطالب سيختار المقرر الدراسي وفق دوافع ذاتية ، وأن التحصيل سيتم وفق إقباله على المقرر الذي اختاره .

ويمكن القول بصفة عامة أن صورة التوازن التي يسعى إليها نظام الساعات المعتمدة لا يختلف كثيراً عن التوازن الذي عملت على إيجاده مدارس المساجد والمؤسسات التربوية الأولى في التاريخ التعليمي عند المسلمين .

وإعداد منهج دراسي للقانون الجنائي يتضمن الخطوات الآتية :

١ -تحديد أهداف المنهج .

٢ -اختيار طريقة التدريس .

٣ -تصميم المقررات العلمية .

١ - تحديد أهداف المنهج :

إن التشريع في أي مجتمع - كما يؤكد علم الاجتماع القانوني - هو حصاد ما تعارف عليه المجتمع من مثل ومبادىء ، ومن ضوابط وقواعد ، ونظام تشريعي مستمد من الشريعة الإسلامية لابد أن يحافظ على أصولها ، فهو محكوم بالثوابت التي هي لب التشريع - نظام الحدود مثلاً في التشريع الجنائي - ويعترف بالمتغيرات التي تجعل من الاجتهاد آلية فعالة في الاستجابة لظروف الزمان والمكان .

وأهداف هذا المنهج هي :

أ - دراسة القانون الجنائي مرتبطاً بأصوله الشرعية مع فتح باب الاجتهاد المعاصر ، لأن الفقه الإسلامي - كما يقول العلامة السنهوري - لا يقتصر على دراسة الأحكام القانونية التي تدخل في نطاق علم الفروع ، بل إنه يشتمل على شق آخر هو علم الأصول ، الذي يدرس مصادر التشريع ، ويبحث في طرق استنباط الأحكام الفرعية من المصادر .

ب - تعميق المفهوم الاجتمعي للجريمة باعتباره ظاهرة اجتماعية ، وليس مجرد فكرة قانونية - وكما يقول الدكتور على راشد بحق - فلا يبقى القانون الجنائي أداة لمجرد الوعيد والعقاب بغير هدف اجتماعي انساني ، وكل قيمته العملية تنحصر في أنه بضاعة قانونية صرف لمنفعة طائفة من المحامين بالإضافة إلى أنه جهاز يكلف الدولة أبهظ النفقات والأعباء ، فمن بديهيات النصف الثاني من القرن العشرين ضرورة تغيير مفهوم القانون الجنائي - تشريعياً وقضائيا ومدرسياً - من مجرد دراسة محورها

النصوص الجامدة تشرح المتن وتسير وراءه ، إلى مادة واقعية محورها الإنسان .

ولم تستجب كليات الحقوق في عالمنا العربي لهذا التطور المنهجي إلى الحد الذي جعل البعض يقارنها بمصانع الطرابيش .

٢ - اختيار طريقة التدريس :

إن صناعة العقل الفقهي من خلال كليات الشريعة والقانون ونظائرها يستدعي اختياراً دقيقاً لمنهج التفكير وطريقة التدريس ، ورغم تنوع الطرق والأساليب ، إلا أن الاكتفاء بالمحاضرات الصماء بعيداً عن الاستجابات العملية للفكرة وللنصوص تبعدنا عن صناعة العقل الفقهي المنشود .

في بعض كليات القانون في الولايات المتحدة الأمريكية يتم تدريس القانون بالطريقة المصطلح عليها - طريقة القضايا Case Methed ، والتي تقوم على عرض القضايا المتصلة بالموضوع محل المحاضرة قبل إلقائها لإمكان متابعة المناقشة، والإسهام فيها . كما أن بعض الكليات تستعمل طريقة عرض المشكلات Problem Method وهي أشبه بطريقة عرض القضايا ، إلا أنها تعرض مشكلات مجردة قد لا تكون أحداثاً واقعية جرت في ساحات القضاء .

وهذا اللون من التفكير التعليمي في تدريس القانون - شرعياً كان أو وضعياً - ليس بعيداً عن الثقافة الإسلامية ، فقد ابتدعت مدرسة القضاء الشرعي في مصر مادة دراسية للوصول إلى ذات الهدف ، وهي مادة " القضايا ذات المباديء" ، وقد زودت المكتبة الفقهية من خلال أعلام القضاء الشرعي الذين انتدبوا لتدريس هذه المادة ، بعدد من المؤلفات الهامة منها كتاب " الحياة القضائية

" للأستاذ محمد ضاحي أستاذ مادة القضايا ذات المبادىء بكلية الشريعة جامعة الأزهر ، وقد أصدره عام ١٩٣٨ ومنها أيضاً كتاب " الإجراءات القضائية الشرعية والقضايا ذات المبادىء " والذي أصدره عام ١٩٥٢ م الأستاذ مجاهد الدولتلي عضو المحكمة العليا الشرعية وأستاذ المادة بإجازة القضاء الشرعي .

ولاشك أن هناك خلافاً بين ما انتهجته كليات القانون في الولايات المتحدة والمملكة المتحدة ، وبين ما كان عليه الأمر في كلية الشريعة ومدرسة القضاء الشرعي ، فعندهم كانت القضايا طريقة للتدريس تستوعب المقررات الدراسية جميعها ، وعندنا كانت مادة للدراسة ، ولكن الهدف كان واحداً عندنا وعندهم وهو تطوير الدراسة القانونية لتصبح القضايا العملية أساساً مهماً من أسس المنهج الدراسي .

وعلى مستوى التعليم المقارن ، تنحصر طرائق التدريس القانوني فيما يلي:

أ - طريقة المحاضرات :

وفيها يجتمع الطلاب للاستماع إلى جزء من المقررات يحاضر فيه الاستاذ ونجاح هذه الطريقة يعتمد على عدة أمور منها :

* قدرة الاستاذ على توصيل مادته .
* مدى انتباه الطلاب .
* مدى اشتراك الطلاب في المحاضرة بالحوار والأسئلة .

وإذا لم يتحقق الوجود الإيجابي لهذه العناصر ، أو كانت المحاضرة مجرد قراءة لصفحات من كتاب مقرر ، فإن هذه الطريقة تكون غير مؤثرة ، وإن كان بعض الباحثين منهم الفقيه الفرنسي " رينيه دافيد " يرون في طريقة المحاضرات " الطريقة الوحيدة الممكنة للتدريس للأعداد الكبيرة " وتمتاز هذه الطريقة بما يلي :

* تسـهـيل تدريس القـوانين التي تم إصدارها في تقنينات ، بحيث يصـبح هذا التدريس منتجاً وفعالاً من خلال الشرح المنظم ، وكثير من المؤلفات وفق هذه الطريقة .
* أن الطالب اليقظ يجد لذة عقلية في متابعة الأستاذ تنعقد بها صلة روحية لها أهميتـها ، ويستطيع الطلاب الاستـفادة من ملاحظة كيف ينظم المحاضر الخبير موضوعه ، وكيف يعرضه بصـورة تبرز تطـور قـواعده ، ومنطقيـة حججه وأدلته ، ومقدرته في الوصول إلى الحل النهائي ، أو ترجيح الآراء التي يعـتنقـها المحـاضـر ، يقـول الأسـتـاذ " بودان " : " إن هذا النوع من الدروس إذا لم يتم عن طريق القراءة يجرد الأفكار للمستمع ، ويبرز الفكرة الواحدة " . ويقـول الأسـتـاذ " جـروير " : " إن المحـاضـرات الشـفـوية أكـثـر تنشيطاً من الكلمات المكتوبة أو يجب أن تكون كذلك " .

وعندنا أن أهميـة المحاضرات ليست مطلقة لأنها تحتاج إلى أستـاذ وطالب كلاهما يحس بأهميـة الزمن المحدد وضرورة تقسيمه في المحاضـرة بالصـورة التي يتحقق بها الهدف ، فطريقة المحاضرات وحدها غير كافية وينبغي إكمالها بطرق أخرى .

ب - نظام جماعات المناقشة :

توجد صور مختلفة لهذه الطريقة، ففي بعض الجامعات التقليدية في الغرب يقوم طالب أو طالبان معاً بزيارة المدرس في غرفته الخاصة في وقت معين من كل أسبوع ، لقضاء ساعة معه في مناقشة شخصية ، ويكون العمل الرئيسي لهذه المناقشة ، موضوعاً قانونياً اختير في الأسبوع السـابق وكتب الطالب مقالاً قصيراً فيه ، ويتقدم الطالب لقراءة البحث بين يدي أستاذه ، والذي يقوم بمناقشته ونقده.

والاعتراض الرئيسي على هذه الطريقة يكمن في تكلفتها ، فهي تتطلب مدرساً تأهيلاً كاملاً لكل عشرين أو ثلاثين طالباً .

وأعتقد أن هذه الطريقة لها جدواها وعاليتها إذا استخدمت في كلية الشريعة والقانون بدولة الامارات ، بل وفي كل دول الخليج ، لأن البيئة المادية وأعداد الطلاب تسمح بالاستفادة من مميزاتها ، وقد طبق نظام مماثل في ألمانيا ، وفيه يناقش الأستاذ مع طلابه قضايا سبق لهم إعدادها ، وقد قرر الاستاذ الألماني " إردشيك " أن قيمة هذه الطريقة كانت كبيرة للغاية .

ويختلف حجم جماعات المناقشة باختلاف البلاد ، ففي إحدى كفتي الميزان نجد نظام جماعات أكسفورد التي تتكون من طالب أو طالبين ومدرس ، وفي الكفة الأخرى نجد فصولاً للمناقشة تضم خمسين أو مائة ، وهي منتشرة في الولايات المتحدة ، ولا شك أن جماعات المناقشة تفقد مزاياها بكثرة الأعداد ، حيث يندر تحقيق مناقشات جدية يشترك فيها الجميع .

كما أن مادة المناقشة يمكن أن تكون المسائل التي تمت دراستها ، أو المقالات التي كتبها الطلاب ، والحوار في كلا الاتجاهين له أهميته ، لأن المقالة تنمي في الطالب القدرة على البحث والتعبير ، والمسألة تنمي في الطالب القدرة على صياغة السؤال وتطبيق المبادىء المجردة التي درسها على الحقائق الواقعية . وتعد القضايا الافتراضية أو فقه الفروض شكلاً معتاداً في هذه الطريقة .

وعندنا أن إضافة " نصوص للقراءة " من كتب الفقه الإسلامي ذات أهمية خاصة إذا ما استخدمت هذه الطريقة حتى يمكن فتح الأبواب المغلقة أمام طلاب أقسام الشريعة ليعرفوا الكتب الأساسية في المذاهب المختلفة ، من ناحية المنهج

والمصطلحات ، واليات الموازنة بين الآراء وكيفية التعامل مع الراجح والمرجوح ... إلخ . وتلك مساهمة لها أهمية قصوى في صناعة العقل الفقهي .

جـ - طريقة القضايا :

لقد كانت هذه الطريقة هي الغالبة في دول COMMON LAW ، لكنها واجهت العديد من الصعوبات حتى في الولايات المتحدة الأمريكية ذاتها ، وهي البلد الذي نشأت فيه .

والحقيقة ، فإن أهم نقد وجه لهذه الطريقة صدر عن القاضي الأمريكي " جيروم فرانك " الذي لاحظ أن الحكم القضائي الذي يتعين على الطالب دراسته ليس هو القضية بل جزءاً صغيراً منها هو الجزء الأخير . ويرى " فرانك " أن دراسة القضايا يجب أن يكون جزءاً فقط من تدريب الطالب ، وأن هذا الجزء يصبح أكثر قيمة إذا التزم الطالب بدراسة عدد قليل من القضايا . ولكنه لم يقتصر على دراسة الأسباب القضائية ، بل جعلها شاملة لملف القضية كاملاً ابتداء من اعلان أوراقها الأولى إلى أن تصل إلى محكمة الموضوع ، ثم من خلال نظرها في المحاكم العليا ..

وطريقة مدرسة القضاء الشرعة وكلية الشريعة في مصر كانت تتجاوز هذا النقد بطريقة فعالة ، فهي تختار قضاة المحكمة الشرعية العليا لتدريس مادة القضايا ذات المبادىء ، وهؤلاء يقدمون لطلابهم أحكاماً أصدروها هم فيدرس الحكم كله في إطار ما ثار حوله من ردود وحدود منذ كان مجرد أوراق في ملف إلى أن أصبح حكماً وغالباً ما كان الأستاذ يواجه الانتقادات التي عرضت للحكم ، فكانت الدراسة ممتعة عقلية وحواراً فقهياً ، قوي التأثير عالي المستوى .

ويلاحظ الاستاذ " جروير " فارقاً بين الطريقتين الأمريكية والإنجليزية ، فالطالب الأمريكي يزوده مدرسه عادة بكتاب القضايا بأنفسهم ، من المجموعات الأصلية .

وفي الفقه الإسلامي تحتل هذه الطريقة أهمية خاصة ليس فقط لربط طالب الشريعة بحركة الواقع ، وتطبيقات النصوص ، بل لأنها تواجه نقداً مغرضاً صدر عن عدد من المستشرقين ، يمثله قول " شاخت " : " إن الظروف احاطت بالشرع الإسلامي عند نشأته عملت على تطويره دون أن يكون وثيق الصلة بالحياة العملية ، بل كان يصور مثلاً دينياً أعلى مخالفاً للأوضاع العملية " .

وفي مجال تطوير الدرس الجنائي نرى ضرورة الجمع بين هذه الطرق الثلاث ، فتنويع الطريقة يكفل بداية قوية لدرس جنائي يعتمد تشريعاً جنائياً حيث التطبيق ويتغلب على كسل الطالب من ناحية ، ومعوقات العملية التعليمية - وهي كثيرة- من ناحية أخرى .

ونضيف إلى محاولة المزج عدداً من الوسائل المساعدة مثل مجلات الطلاب ، والأفلام التعليمية ، زيارة المكتبات ، والتردد على المحاكم باعتبارها جزءاً من مفردات المنهج ، وهذا أفضل من إنشاء قاعات محاكم في كليات الشريعة والقانون ، يحس فيها الأستاذ والطالب أنهما يمثلان نصاً مكتوباً لا يعبر عن واقع معاش .

٣ - تصميم المقررات العلمية :

أ - أن كل تخصص يمكن تقسيمه إلى مقررات متفرقة .

ب - أن لكل طالب أن يختار تخصصاً رئيسياً أو تخصصاً مركزاً .

جـ - أن تكون بعض المقررات التي تكون المنهج محددة والبعض الآخر اختيارياً .

د - إيجاد طريقة معترف بها ومحددة لقياس وزن كل مقرر على حدة

فحتى نصل إلى صياغة مقررات المنهج الدراسي . وحتى نقترح مقرراً دراسياً لابد من استيفاء المراحل السابقة ، ثم يتم الاتفاق على المعلومات التي يتم تحصيلها في مراحل الدراسة ، ويتم توزيعها إلى مقررات لكل مرحلة تبدأ بالكليات أو بالمقرر العام وصولاً إلى المنهج الخاص المختار ، وبعد اختيار هذه المقررات يتم توصيف الجزء المقرر في كل فصل دارسي من الفصول الثمانية ، والوصول إلى الشكل النهائي للمقررات وعددها وعدد الساعات المعتمدة المتخصصة لكل مقرر ، وكذلك العدد الكلي للساعات في كل فصول الدراسة . كل هذا ينبغي أن يدرس بعناية كافية ، ويعرض للنقاش على نطاق واسع ، وقبل أن نقدم مقررات مقترحة من جانبنا نشير إلى ما يلي :

أ - إن عملية اختيار المقررات الجنائية لابد أن تأخذ في اعتبارها أن تصميم المنهج يتم في إطار نظام الساعات المعتمدة ، وهذا يعني الاختيار داخل التخصص الجنائي ، سواء كان الاختيار مطلقاً حيث يستطيع الطالب أن يختار أي مقرر من المقررات المطروحة في القسم العلمي التابع له ، أو كان الاختيار مقيداً بحيث لا يختار الطالب إلا من بين مجموعة محدودة على الجدول الدراسي .

ب - أن المقرر الجنائي المقترح يميل أن لا يفسح مكاناً كبيراً لما يسمى بالقسم الخاص في المدونة الجنائية . بل يدعو إلى اختيار نماذج معينة في ضوء مجموعة من المعايير وتخضع هذه النماذج لدراسة مفصلة تفرضها الحاجة إلى فهم الشريعة أو تعميق الوظيفة الاجتماعية للنص الجنائي . وهذا قد ينقل دائرة البحث إلى موضوعات غير تقليدية تستوعب ما يطلق عليه القوانين

الجنائية الخاصة .

جـ - ينبغي أن تحتل العلوم الجنائية المعاصرة مكانها في مفردات الدرس الجنائي ، وفي مقدمتها علم الاجرام والعقاب وعلوم السياسة الجنائية وعلم المجني عليه.

د - إن الدرس الجنائي ينبغي أن يراعي اختلاف الفلسفة والمنهج بين الشريعة الإسلامية ، والفكر الوضعي ، فهناك تمايز ضروري بينهما ، فلا يمكن في ظل الفقه الإسلامي دراسة الحدود نصوصاً وشروحاً إلا ومعها قواعد الإثبات التي تعد جزءاً لصيقاً بالحد في جانبه الموضوعي ، خاصة وأن جرائم القصاص والحدود هي ثوابت النظام الجنائي الإسلامي .

إلا أن - وكما قيل بحق - أسلوب إصدار الجرائم الحدية في تشريعات مستقلة أو موحدة بعيداً عن المدونة الجزائية العامة يضع أحكام الشريعة الإسلامية في القصاص والحدود في مرتبة تالية لمرتبة " التعزيرات " وهو وضع معكوس ، لأن الجرائم والعقوبات الحدية هي لب التشريع الجنائي الإسلامي ، بالإضافة إلى أن الركائز الفلسفية للمسئولية الجنائية ، وأصلها ثابت في القرآن والسنة - هي عامة في كل الجرائم الحدية ، وفي كل تعزير ينطوي على معنى الجزاء . الأمر الذي يجعل الفصل بينهما في إطار تشريعات مستقلة من العيوب الفنية في التشريع .

والرأي عندنا أن المادة التشريعية في مجال الدرس الجنائي تحتوي على قسمين هما :

أ - النص الديني الإسلامي وما يفرضه من التزام بحكمه .

ب - النتاج الفقهي الإسلامي عبر العصور المختلفة ، بما يتطلب الإحاطة بأنساقه الاجتهادية التي أقامها في كليات المسائل ، وفروعها على السواء ، كما

يتطلب الإحاطة بمصطلحات الفقه ، وإمكانية وجودها المعاصر ، وآراء الفقهاء ، والأسس الفنية لمذاهب التشريع ، الأمر الذي يفرض أسلوب الدراسة المقارنة باعتباره أفضل الأساليب في الدرس الجنائي المنشود والأصول العلمية لهذه الدراسة المقارنة يمكن تلخيصها في أربعة :

١ - أن تشريع كل أمة هو من خصائصها ، وله ارتباط وثيق بدينها وأخلاقها وتقاليدها .

٢ - أن هذه الخصوصية لا تمنع الاستفادة من الخبرة البشرية في مجال النظم الجنائية - وغيرها من نظم القانون - استعارة واستنارة وتكفل السياسة الشرعية الأساس الفقهي لهذه النقول المستحدثة .

٣ - أن المقارنة بين الشرائع تكون في الأصول والمبادىء وليس في الفروع والتفاصيل ، وكلما كانت بين أنساق فقهية كبرى كلما كانت المقارنة ذات جدوى أكبر وتأثير أفضل .

٤ - أن المقارنة الصحيحة بين الشرائع أو في داخل الفقه الإسلامي المذهبي ينبغي أن تحيط بالفكرة محل المقارنة إحاطة تستوعب تاريخها وتطورها وأسسها الفنية في داخل المذهب حتى لا تنتزع من سياقها ، وحتى يمكن وضعها في بناء تشريعي حديث يكفل صحة النقل وتناسق البناء .

ونرى أن الدرس الجنائي على هذا النحو ليس سهلاً ، خاصة وأن التحولات الراهنة قد تفرض على البعض أحكاماً تصدر تحت مظلة السياسة الشرعية ، وواقعها أقرب إلى السياسة الظالمة ، وقد لاحظ " مجيد خدوري " في أكثر من دراسة له أن المشرع المعاصر في البلاد الإسلامية رغم إعلان ضرورة الاقتراب من الشريعة الإسلامية واعتبارها المصدر الأساسي للتشريع في عدد من الدساتير ، إلا

أن وجهة التشريع في كثير من هذه البلدان تجسد في الواقع العملي علمانية تشريعية ، وهو ما نحذر منه في نصوص التشريع ومناهج الدرس .

والله ولي التوفيق،،

دور

قانونى العقوبات والاجراءات الجزائية الاتحاديين وقضاء المحكمة الاتحادية العليا

في توحيد الثقافتين الشرعية والقانونية

للدكتور مدحت رمضان *

تقديم :

يمكننا القول أن توحيد الثقافتين الشرعية والقانونية يمكن الكشف عنه بالرجوع إلى النصوص القانونية السارية في دولة الإمارات العربية المتحدة وتطبيق القضاء لهذه النصوص والجهود الفقهية المختلفة لشرحها سواء كان الأمر يتعلق بما يوجه منها للدراسات الشرعية والقانونية أو للشروح المخصصة للمتعمقين في مثل هذا المجال، ولذلك كان هذا البحث للكشف عن مساهمة التشريعات وأحكام القضاء في توحيد هاتين الثقافتين الشرعية والقانونية ولذلك لن نعرض تفصيلاً لأحكام جرائم الحدود والقصاص والدية وفقاً للشريعة الاسلامية فهنا يكون هذا البحث تكراراً لجهود اساتذة سبقونا على هذا الدرب ومازلنا ننهل من علمهم ، ولكن الهدف من هذا البحث هو بيان كيفية تطبيق الشريعة الاسلامية فى مجال جرائم الحدود والقصاص والدية فى ضوء نصوص قليلة وردت بقانونى العقوبات والاجراءات الجزائية الاتحاديين حيث أن المشرع الاماراتى قد عدل عن وضع نصوص تفصيلية فى شأن أركان هذه الجرائم والعقوبات المقررة لها ، وقواعد الاثبات الخاصة بها كما وردت فى مشروع قانون العقوبات المصرى الاسلامى أو قانون العقوبات العربى الموحد، و اكتفى المشرع بالاحالة إلى أحكام الشريعة الاسلامية بصفة عامة سواء تعلق الامر بالتجريم والعقاب أو الاجراءات الجزائية وأهمها قواعد الاثبات ، ولذلك كان علينا أن نستعين بالقضاء لايضاح بعض الامور الهامة ، وأهمها الحدود الفاصلة بين

تطبيق أحكام الحدود والقصاص والدية المستمدة من الشريعة الاسلامية وأحكام الجرائم والعقوبات التعزيرية والمستمدة من القانون الوضعي وبصفة خاصة قانون العقوبات وقانون الاجراءات الجنائية بمصر ولنستكشف المبادئ التى أرستها المحكمة الاتحادية العليا فى هذا المجال .

ونود أن نؤكد قبل أن نعرض لهذا الأمر تفصيلاً أن الشريعة الاسلامية كفلت للانسان حقوقه الاساسية، والتى عرضت لها فيما بعد قوانين الاجراءات الجزائية الوضعية ، وأهمها الحق فى حرمة الحياة الخاصة وقرينة البراءة واستقلال القضاء ، ومبدأ أن الشك يفسر لمصلحة المتهم ، وكفلت للقاضى الجزائى حرية كاملة فى سبيل تقصى الجرائم وكفلت له كامل الحرية فى تكوين عقيدته من الادلة الا إذا قيدت الشريعة القاضى بادلة معينة فى اثبات الجرائم فإنه لا يملك خياراً فى قضائه وتعين عليه أن يتقيد بهذه الأدلة دون سواها [1]، ولذلك سنعرض إلى دور قانون العقوبات الاتحادى فى تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية فى ضوء المادة الأولى منه ، وكذلك دور قانون الاجراءات الجزائية الاتحادى فى تطبيق الشريعة الاسلامية فى ضوء المادة ١/١ منه فى مبحثين مع ايضاح المبادئ التى ارستها المحكمة الاتحادية العليا فى هذا المجال .

المبحث الأول
قانون العقوبات الاتحادى وتطبيق أحكام الشريعة الاسلامية

يتطلب منا الأمر أن نتناول بالدراسة دور قانون العقوبات الاتحادى فى ارساء مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، ومدى التزام القاضى الجزائى بمذهب معين ، ودور

---

(١) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ١٩٨٤/٦/٢٥م ، الطعن رقم ١٩ لسنة ٦ ق. ع جزائى ، غير منشور .

الشريعة الاسلامية غير المباشر فى تحديد عناصر بعض الجرائم التعزيرية ، وأخيراً المسئولية الجنائية للسكران باختياره .

١- مبدا شرعية الجرائم والعقوبات وتطبيق أحكام الشريعة الاسلامية :

بالرجوع إلى قانون العقوبات الاتحادى نجد أن المادة الأولى منه قد نصت على أنه " تسرى فى شأن جرائم الحدود والقصاص والدية أحكام الشريعة الاسلامية ، وتحدد الجرائم والعقوبات التعزيرية وفق أحكام هذا القانون والقوانين العقابية الاخرى " ، ونصت المادة ٢٦ من ذات القانون على أنه " تنقسم الجرائم إلى:

١ - جرائم حدود .

٢ - جرائم قصاص ودية .

٣ - جرائم تعزيرية .

والجرائم ثلاثة أنواع : جنايات وجنح ومخالفات .

ويحدد نوع الجريمة بنوع العقوبة المقررة لها فى القانون ، وإذا كانت الجريمة معاقباً عليها بالغرامة أو الدية مع عقوبة أخرى يتحدد نوعها بحسب العقوبة الأخرى " .

وحددت المادة ٢٨ من ذات القانون الجناية فنصت على أن " الجناية هى الجريمة المعاقب عليها باحدى العقوبات الآتية :

١ - أية عقوبة من عقوبات الحدود أو القصاص فيما عدا حدى الشرب والقذف.

٢ - الاعدام .

٣ - السجن المؤبد .

٤ - السجن المؤقت " .

وحددت المادة ٢٩ الجنحة حيث نصت على أن " الجنحة هى الجريمة المعاقب عليها بعقوبة أو أكثر من العقوبات الآتية :

١ - الحبس .

٢ - الغرامة التى تزيد على ألف درهم .

٣ - الدية .

٤ - الجلد فى حدى الشرب والقذف " .

وتضيف المادة ٣٠ من ذات القانون " تعد مخالفة كل فعل أو امتناع معاقب عليه فى القوانين أو اللوائح بالعقوبتين التاليتين أو باحداهما :

١ - الحجز مدة لا تقل عن أربع وعشرين ساعة ولا تزيد على عشرة أيام ويكون الحجز بوضع المحكوم عليه فى أماكن تخصص لذلك .

٢ - الغرامة التى لا تزيد على ألف درهم " .

وحددت المادة ٦٦ من قانون العقوبات العقوبات الاصلية حيث نصت على أن " العقوبات الاصلية هى:

أ - عقوبات الحدود والقصاص والدية .

ب - عقوبات تعزيرية وهى :

١ - الاعدام .

٢ - السجن المؤبد .

٣ - السجن المؤقت .

٤ - الحبس .

٥ - الغرامة . " .

ويتضح مما سبق الاشارة إليه من نصوص أن المشرع الاماراتى تطلب تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية فى شأن جرائم الحدود والقصاص والدية وحدد الجرائم التعزيرية وضمنها قانون العقوبات الاتحادى ثم قام بتقسيم هذه الجرائم سواء كانت حدود أو قصاص أو دية أو جرائم تعزيرية بالنظر إلى العقوبات المقررة لها ، ونرى أنه سواء تعلق الأمر بجرائم الحدود أوالقصاص أو الدية أو الجرائم التعزيرية فإننا بصدد تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية حيث أن الشريعة لم تحدد جميع جرائم التعازير وتركت لأولياء الأمر فى الأمة أن يحرموا ما يرون أنه يضر بأمن الجماعة أونظامها ويعاقبوا على مخالفته [٢] ، وهذا ما فعله ولى الأمر فى دولة الامارات العربية المتحدة حيث قام بجمع الافعال التى لا تعد من جرائم الحدود والقصاص والدية ورأى أنها تضر بمصالح المجتمع والافراد فى تقنين وفرض لها العقوبات الملائمة ، وقرر مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات فنصت المادة ٢٧ من دستور دولة الامارات العربية المتحدة على أنه " يحدد القانون الجرائم والعقوبات . ولا عقوبة على ما تم من فعل أو ترك قبل صدور القانون الذى ينص عليها . كما نصت المادة الأولى من قانون العقوبات الاتحادى ٣ لسنة ١٩٨٧م على أنه " تحدد الجرائم والعقوبات التعزيرية وفق أحكام هذا القانون والقوانين العقابية الأخرى " ، كما تضيف المادة الرابعة من ذات القانون على أنه " لا يفرض تدبير جنائى إلا فى الاحوال وبالشروط المنصوص عليها فى القانون " [٣].

ولذلك كان مصدر التجريم والعقاب فى مجال جرائم الحدود والقصاص والدية هو الشريعة الاسلامية أما مصدر التجريم والعقاب فى شأن الجرائم التعزيرية هو

---

(٢) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائى الاسلامى مقارناً بالقانون الوضعى ، مؤسسة الرسالة، بيروت ، الجزء الأول برقم ٩٥ .

(٣) الدكتور مدحت رمضان ، محاضرات فى النظرية العامة للجريمة ، جامعة الامارات العربية المتحدة ، كلية الشريعة والقانون ، قسم القانون ، ص ١ .

قانون العقوبات الاتحادى والقوانين العقابية الاخرى [٤]، و لانرى فى ذلك أى خروج على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات .

و إذا لم يعد الفعل من جرائم الحدود أو القصاص أو الدية أو لم يرد نص بتجريمه فى قانون العقوبات الاتحادى أو القوانين العقابية الاخرى كان على القاضى أن يحكم ببراءة المتهم استناداً إلى مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، وهذا ما أكدته المحكمة الاتحادية العليا حيث قضت بأنه :

" وحيث أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن مفاد المادة السابعة من الدستور والمادة ٧٥ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٣ فى شأن المحكمة الاتحادية العليا والمادة ٨ من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٧٨ فى شأن انشاء محاكم اتحادية ، ان الشريعة الاسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع وعلى المحاكم الاتحادية تطبيق احكامها وما يتوافق معها من قوانين اتحادية بها فى الامارات الاعضاء ، وما لا يتعارض معها من مبادئ القانون العامة ، لما كان ذلك ، وكانت الشريعة الغراء قد شرعت الحدود لعقاب الكبائر واتاحت لولى الامر أن يزجر تعزيراً ما لم تشمله الحدود من آثام ، فخولته الحق فى وضع العقوبات التعزيرية لكل الافعال التى يرى تأثيمها لما فيه مصلحة جماعة المسلمين ، فإذا وضع ولى الأمر عقوبة بقانون اصدره ، تعين على القاضى تطبيقه ملتزماً فى ذلك نطاق النص الذى يحدد الفعل المؤثم ، وهو ما يتوافق مع نص المادة ١/٢٧ من الدستور المؤقت لدولة الامارات العربية المتحدة التى ارست قاعدة شرعية الجريمة والعقوبة ، لما كان ما تقدم ، وكانت النيابة العامة قد رفعت الدعوى على الطاعن طالبة عقابه بمقتضى مواد الاتهام السالف بيانها لما اسندته إليه من ارتكابه جريمتى التآمر على تغيير مجرى العدالة والتحريض على الادلاء بأقوال كاذبة بتحقيقات النيابة العامة غير أن الحكم المطعون فيه التفت عن بحث احكام القانون الذى اصدره ولى الأمر فى حدود السلطة التى خولتها له الشريعة ، ولم يقل كلمته فى مدى توافر اركان الجريمتين المنصوص عليهما فى هذا القانون وثبوتهما فى حق الطاعن ، بل اطلق القول بأن أفعال الطاعن من قبيل المعاصى التى يجوز للقاضى أن يوقع عنها عقوبة تعزيرية ، مما ينبئ عن اختلاف فكرة الحكم بشأن المبادئ الاساسية للاجراءات الجزائية فى شأن شرعية الجريمة والعقوبة ومن ثم تعين نقض الحكم المطعون فيه والاحالة بغير حاجة إلى بحث باقى أوجه الطعن " [٥]

وقضت المحكمة فى حكم آخر مؤكدة مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بأنه :

---

(٤) الدكتور مدحت رمضان ، المرجع السابق ، ص ١ وما بعدها .

(٥) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ١٩٨٦/١٠/٢١ ، رقم ٥٤ لسنة ٨ جزائى ، غير منشور .

"وإذ أيد الحكم المطعون فيه الحكم الابتدائى فيما قضى به من معاقبة الطاعن بعقوبة تعزيرية واحدة عن جريمتى القذف والزنا ، وإذ عاقبه بالحبس لمدة سنة ، وهذه العقوبة فى حدود العقوبة المقررة لجريمة القذف عملاً بنص المادة ٣٧٢ من قانون العقوبات الاتحادى وفى نطاق العقوبة المقررة لجريمة هتك العرض بالرضا وفقاً لنص المادة ٣٥٦ من القانون المذكور ، ولم يفرد الحكم عقوبة مستقلة عن جريمة الزنا ، فإن النعى بهذا الخصوص ، أياً كان وجه الرأى فيه غير منتج ، بيد أن الحكم المطعون فيه أيد الحكم الابتدائى فيما قضى به من عقوبة الجلد تعزيراً ، وكان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا قضى الحكم بعقوبة تعزيرية فإنه يتعين الالتزام بالاحكام الواردة فى قانون العقوبات الاتحادى والقوانين العقابية الاخرى المكملة له فى شأن تحديد الجرائم التعزيرية والعقوبات المقررة لها عملاً بالمادة الأولى من قانون العقوبات الاتحادى رقم ٣ لسنة ١٩٨٧ ، وذلك تطبيقاً لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات وكان النص فى المادة ٦٦ من القانون المذكور قد بين العقوبات الاصلية التعزيرية على سبيل الحصر وليس من بينها عقوبة الجلد ولم يعتبر هذا القانون - فى مجال التعزير - الجلد من العقوبات التبعية أو التكميلية ، ومن ثم فان القضاء بهذه العقوبة يكون مخالفاً للقانون ، وإذ كان لمحكمة النقض أن تنقض الحكم فى عدة حالات منها إذا تبين لها أن الحكم المطعون فيه خالف القانون أو اخطأ فى تطبيقه أو تأويله ثم يتعين نقض الحكم المطعون فيه نقضاً جزئياً فى صدد عقوبة الجلد والغاء هذه العقوبة "[6] [7].

وايدت المحكمة الاتحادية العليا حكما قضى ببراءة المتهم لعدم توافر الادلة المتطلبة شرعاً لاقامة حد الشرب ولعدم وجود نص بقانون العقوبات الاتحادى أو

---

(٦) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ١٩٩٢/١٢/٢٦م ، الطعن رقم ٧٨ لسنة ١٤ شرعى /جنائى ، غير منشور .

(٧) ويلاحظ أن أحكام المحكمة الاتحادية العليا المشار إليها سابقاً فى المتن تعد عدولاً عن قضائها السابق على تطبيق قانون العقوبات الاتحادى حيث استقر قضائها فى ظل القوانين المحلية على جواز تطبيق عقوبات تعزيرية تخالف العقوبة الواردة فى القانون المحلى وقالت " ..أن هذه الشريعة (الشريعة الاسلامية) هى المصدر الرئيسى لكل ما يصدر عن الدولة من تشريعات بحيث لا يجوز تطبيق القوانين التى تتعارض مع أحكام هذه الشريعة ، ولقد استقر قضاء الدائرة الدستورية ايضاً على أن تقرير أى قانون لعقوبة الحبس أو الغرامة لجريمة شرب الخمر ليس من شأنه تعطيل حد الشرب المقرر فى الشريعة الاسلامية ، كما لايغير من الرأى أن قانون المشروبات الكحولية المعمول به فى امارة الشارقة قد نص على عقوبتى السجن والغرامة لجريمة شرب الخمر طالما أن المشرع لم يفصح عن أنه وضعها تعزيراً فى حالة عدم توافر الدليل الشرعى لتطبيق حد شرب الخمر ، ولذلك فيجوز للقاضى أن يكتفى فى جريمة الشرب التى لم يتوافر لها الدليل الشرعى بتطبيق عقوبة الجلد المقررة بالشريعة الاسلامية أو يضيف إلى عقوبة الجلد العقوبة المقررة بالقانون الوضعى " ،المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ١٩٨٤/٢/١١ ، الطعن رقم ١٦ لسنة ٥ ق ع جزائى غير منشور .

القوانين المكملة له يجرم شرب الخمر [٨] .

ورداً على طعن فى حكم استناداً إلى مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وعدم رجعية القوانين العقابية ، وذلك لعدم تطبيق الدية المقدرة بسبعين الف درهم والمحددة بالقرار الاتحادى رقم ٣ لسنة ١٩٨٣ وتطبيق القانون الاتحادى رقم ١٧ لسنة ١٩٩١ الذى رفع الدية لمائة وخمسين الف درهم بما عده الطاعن تطبيقاً للقانون بأثر رجعى على وقائع سابقة لتاريخ صدوره فقد قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن الدية محددة شرعاً بمائة من الابل أوالف دينارمن الذهب أو اثنى عشر الف درهم من الفضة ولا يجوز لولى الامر أن يزيد أو ينقص منها شيئاً و ما فعله المشرع ليس سوى معادلة لقيمة الدية بالعملة الورقية المحلية التى تتعرض للتغير من حيث قوتها الشرائية و لذلك فإن قيمة الدية تحدد وفقاً للقانون السارى ولا يعد ذلك خروجاً على قاعدة عدم الرجعية [٩].

و إذا لم تتوافر أركان الجريمة أو طرق اثباتها لتطبيق العقوبة الشرعية فإن هذا يفرض على القاضى أن يطبق العقوبة التعزيرية المقررة قانوناً إذا توافرت أركانها ، وقد فرض المشرع على القاضى ذلك فنصت المادة ٣٣١ من قانون العقوبات ، والواردة تحت الفصل الأول المعنون (المساس بحياة الانسان وسلامة بدنه) والوارد تحت الباب السابع المعنون (الجرائم الواقعة على الاشخاص) ، على أنه " مع عدم الاخلال بالحق فى الدية المستحقة شرعاً ، يعاقب من ارتكب جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى هذا الفصل بالعقوبات المبينة بها ، وذلك فى الحالات التى يمتنع فيها توقيع عقوبة القصاص " ، كما نصت المادة ٣٧١ من ذات القانون ،

(٨) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ١٦/٥/١٩٩٠م ، الطعن رقم ٢٣ لسنة ١٢ ق ع جزائى ، غير منشور .

(٩) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ٦/٣/١٩٩٣م ، الطعن رقم ١٦٢ لسنة ١٩٩١ قضائى عليا شرعى ، غير منشور .

والواردة تحت الفصل السادس المعنون (الجرائم الواقعة على السمعة .. القذف والسب وافضاء الاسرار) والوارد تحت الباب السابع المعنون (الجرائم الواقعة على الاشخاص) ، على أنه " مع عدم الاخلال بأركان جريمة وشرائط جريمة القذف المعاقب عليها حداً ، يعاقب من امتنع توقيع حد القذف فى شأنه بحسب وصف الجريمة وفقاً لاحكام المواد التالية " ، ونصت المادة ٣٨١ من ذات القانون ، والواردة تحت الفصل الأول المعنون السرقة والوارد تحت الباب الثامن والمعنون (الجرائم الواقعة على المال) ، على أنه " إذا امتنع توقيع حد السرقة عوقب الجانى وفقاً لاحكام هذا القانون " .

ولكن هل يعنى قيام المشرع بالاشارة إلى بعض جرائم الحدود والقصاص والدية والاحالة إلى تطبيق القانون الوضعى فى حالة عدم توافر شرائطها أن المشرع تغاضى عن فرض بعض العقوبات الشرعية بشأن بعض الجرائم التى لم يذكرها ولم يحل بشأنها إلى أحكام القانون الوضعى؟

بالتأكيد فإن الاجابة عن مثل هذا التساؤل بلا ، ويرجع ذلك إلى أن المشرع احال إلى تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية فى شأن جميع جرائم الحدود والقصاص والدية.

واغفال المشرع تناول جريمة كالحرابة بالعرض لم يمنع القضاء من تطبيق حد الحرابة حيث أن هذه الجريمة تتناول باركانها أكثر من جريمة تعزيرية وفى هذا تقول المحكمة الاتحادية العليا :

" وحيث إن الطاعن ينعى بالسبب الثانى على الحكم المطعون فيه الاخلال بحق الدفاع ويقول بياناً لذلك إن الحكم طبق حد الحرابة على الطاعن فى حين ان الاتهام بالحرابة لم يرد بأمر الاحالة ، ولم تنبه المحكمة الدفاع إلى تعديل وصف التهمة مما يعد إخلالاً بحق الدفاع.

وحيث إن هذا النعى مردود ، ذلك أن محكمة الموضوع غير مقيدة بالوصف الذى ترفع به

الدعوى ومن حقها رد الواقعة بعد تمحيصها إلى الوصف القانونى الصحيح دون لفت نظر الدفاع ما دامت الواقعة المادية المبينة بأمر الاحالة هى بذاتها التى اتخذت اساساً للوصف الجديدلما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن جرائم الخطف والقتل والاغتصاب الواردة بأمر الاحالة تشكل كلها جريمة واحدة ، دون أن يخرج عن الوقائع المادية الواردة بقرار الاتهام ولم يضف إليها عناصر أخرى تختلف عن العناصر المسندة إلى المتهمين ، لا سيما وان النيابة العامة قد طلبت بقرار الاتهام تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية التى تعتبر الجرائم الواردة بقرار الاتهام مندرجة فى جريمة الحرابة الحدية كما سيرد فى الرد على السببين الثالث والرابع، ومن ثم فان النعى يكون على غير اساس" [10].

كما بحث القضاء فى توافر أركان جريمة الزنا لاقامة الحد وقضى باقامة الحد لتوافر شرائطه المتطلبة شرعاً [11] ، وقضى بعقوبة تعزيرية لعدم توافر شروط اقامة الحد ولتوافر أركان جريمة هتك العرض بالرضا المنصوص عليها بالمادة ٣٥٦ من قانون العقوبات الاتحادى والتى تقرر أنه " مع عدم الاخلال بالمادتين السابقتين ، يعاقب على جريمة هتك العرض بالرضا بالحبس مدة لا تقل عن سنة ، فإذا وقعت الجريمة على شخص ذكراً كان أم انثى تقل سنه عن أربعة عشر عاماص ، أو إذا وقعت الجريمة بالاكراه كانت العقوبة السجن المؤقت " حيث قضت المحكمة الاتحادية العليا فى هذا الشأن بأنه :

" وبمقولة ان الحكم المطعون فيه قد درأ حد الزنا عن الطاعن ولكنه فى الوقت نفسه ادان الطاعن عن تهمة هتك العرض اخذا باعتراف له مشوب امام الشرطة وامام النيابة وكان المتبادر ان الاسباب وهى هنا أدلة الثبوت التى يدرأ بها الحكم عن الطاعن جريمة الزنا تتهاوى بدورها عن اثبات تهمة هتك العرض ضد الطاعن مما اوقع الحكم فى عيب التناقض فى الاسباب وهو من أوجه النقض فضلاً عن أن التقرير الطبى لا يسعفه بما أدى إلى الخطأ فى تحصيل الواقع فى الدعوى والتناقض فى الاسباب لذلك فان الطاعن يطلب النقض .

وحيث ان هذا النعى بكافة أسبابه فى غير محله ذلك لأن الحكم المطعون فيه بعد أن أورد تفاصيل الدعوى وتسلسل احداثها حدد تحديداً قانونياً على ضوء ما تجمع من عناصر البحث

---

(١٠) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائي ، جلسة ١٩٩٣/١/٣٠ م ، الطعن رقم ٦٨ لسنة ١٤ ق ع نقض شرعي ج ، غير منشور

(١١) استئناف العين الشرعية ، جلسة ١٩٩٢/٦/٧م ، القضية رقم ١٩٩٢/٨٧، غير منشور .

المطروحة على المناقشة الوصف القانونى للافعال المعترف بها ....وهى بدون شك كلها افعال لا تخرج عن كونها هتكاً للعرض بالرضا ، ولا يمكن عدها زنى ...... وعلى هذا الاساس فان محكمة الموضوع باستبعادها جريمة الزنا عن الطاعن واستبدالها بجريمة هتك العرض تكون قد استخدمت حقها فى اعطاء الوصف الصحيح للافعال التى ادانته بها بمقتضى الوصف الذى يتسع نطاقه لكل الفواحش على العرض " [١٢].

ومع ذلك فقد أصدرت المحكمة الاتحادية العليا حديثاً حكماً نرى أنه يثير الجدل حول تطبيق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات حيث أيدت حكماً صدر بمعاقبة الجاني بعقوبة تعزيرية لم ترد بقانون العقوبات وهى الجلد بشأن جريمة زنا تعزيرية ، وذلك لعدم توافر الشروط الشرعية لاقامة الحد والذى طعنت النيابة العامة فيه بالنقض استناداً إلى أن درء حد الزنا للشبهة كان يقتضى تكييف الفعل على أنه جريمة هتك عرض ويطبق تبعاً لذلك نص المادة ١/٣٥٦ من قانون العقوبات الاتحادى وأن المحكمة لما لم تطبق العقوبة المقررة فى المادة المذكورة وقضت بعقوبة أخرى فانها تكون قد خالفت القانون واخطأت فى تطبيقه مما يجب معه نقض حكمها والحكم بعد التصدى وفق نص المادة ١/٣٥٦ عقوبات ، ورفضت المحكمة الاتحادية الطعن قائلة:

" وحيث ان هذا النعى مردود ، وذلك أن الشريعة الاسلامية قد اعتبرت بعض الافعال وعاقبت عليها لحفظ مصلحة الجماعة وصيانة نظامها وضمان بقائها ، ومرد هذا الاعتبار : اما نصوص فى القرآن الكريم أو فعل الرسول أو قوله صلى الله عليه وسلم أو تقرير ولى الأمر ، وقد اطلق على الافعال المعاقب عليها بعقوبة مقدرة فى الكتاب أو السنة جرائم الحدود ، وتلك التى أوجب فيها القصاص جرائم القصاص ، والتى اوجب فيها الدية جرائم الدية ، اما ماعدا ذلك من الجرائم التى لم يضع لها حداً سميت جرائم التعزير . وإذا كان من المقرر شرعاً ان القاضى يستمد ولا يته من ولى الأمر وبالتالى يتعين عليه ان يتقيد بما يضعه ولى الأمر من عقوبات على الجرائم التعزيرية التى يقررها ، وكانت المادة الاولى من قانون العقوبات الصادر عن ولى الأمر قد أوجبت تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية فى شأن الجرائم والعقوبات التعزيرية على بعض الافعال المعتبرة من جرائم الحدود والقصاص والدية ، فان مؤدى ذلك انه إذا امتنع توقيع عقوبة الحد أو القصاص واندرج الفعل

(١٢) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ١٩٨٩/٣/٨م ، الطعن رقم ١٣١ لسنة ١٠ ق ج ع طلب وقف تنفيذ ، غير منشور .

الاجرامى ضمن اى من الافعال المعاقب عليها فى هذا القانون ، فيتعين على القاضى ان يلتزم بالعقوبة المحددة فيه والا يكون قد خرج عن حدود ولايته واما اذا خلت نصوص القانون من تحديد العقوبة التعزيرية للفعل محل العقاب فان للقاضى ان يقدر العقوبة التى يراها مناسبة على ان تكون من جنس العقوبة الحدية ما أمكن ذلك ما كان ما تقدم ، وكان المستفاد من مقارنة نص المادتين ٣٥٤ و ٣٥٦ من قانون العقوبات أن اولاهما تعاقب على مواقعة الأنثى او اللواط مع الذكر بطريق الاكراه، واما الثانية فتعاقب على هتك عرض الانثى او الذكر سواء بالرضا او بالاكراه وهو ما يقطع فى ان مقصود المشرع الوضعى بافعال هتك العرض هى تلك التى تمس العرض ولا تصل إلى حد المواقعة أواللواط ، ومن ثم فان جريمة الزنا التى تتم بالرضا لا تندرج ضمن جريمة هتك العرض المعاقب عليها بالعقوبة المحددة بالمادة ٣٥٦ السالفة الاشارة ولا يغير من هذا ما تذهب اليه النيابة العامة فى طعنها من أن فعل الزنا الذى يتم رضاء ينطوى على مساس بموضع العفة والكشف عنها ، وبالتالى يخضع للعقوبة المقررة بتلك المادة ، ذلك ان العبرة فى الالتزام بالعقوبة التعزيرية المحددة قانوناً ان تكون مقررة لذات الفعل الاجرامى المعاقب عليه اصلاً بالحد او القصاص وامتنع توقيعهما لعدم توافر شروطه ، وهو ما لا يتوافر بالنسبة لجريمة الزنا بالرضا ، لان الافعال المعاقب عليها بالمادة ٣٥٦ من قانون العقوبات لا تكون هذه الجريمة وان كانت تدخل فى مقدماتها ، ومن ثم فان محكمة الموضوع بدرجتيها اذ لم تلتزم بالعقوبة التعزيرية المحددة بتلك المادة واستعملت سلطتها التقديرية فى تحديدها ، وذلك فى نطاق ما هو مخول لها شرعاً ، تكون قد اعملت صحيح القانون ، ويضحى النعى الصدد على غير أساس "[١٣] .

ونرى أن هذا القضاء منتقد للأسباب الآتية :

- فهذا القضاء يتعارض مع مقدماته التى بدأ بها أسبابه ، وهى أن الشريعة والقانون يقرران مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وأن القاضى يلتزم بما قرره ولى الأمر من جرائم تعزيرية وفرضه من عقوبات لها ، فمن الملاحظ أن المشرع لم يفعل بشأن جريمة الزنا ما فعله بشأن جريمة القذف أو جريمة السرقة أو جريمة القتل فتعرض لهذه الجرائم تعزيراً وفرض لها عقوبات تعزيرية يلتزم القاضى بتطبيقها فى حالة عدم توافر الشروط الشرعية لاقامة الحد أو القصاص ، ولذلك كان على

---

(١٣) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائي ، جلسة ١٩٩٣/١/٣٠م ، الطعن رقم ٨٣ لسنة ١٤ جزائي شرعي ، غير منشور ، وانظر في ذات المعنى المحكمة الاتحادية العليا، نقض جزائي، جلسة ١٩٩٣/١/٣٠، الطعن رقم ٤٤ لسنة ١٤ قضائية عليا نقض جزائي شرعي غير منشور .

القاضى فى شأن هذه الجريمة أن يبحث فى حالة عدم توافر الشروط المتطلبة لاقامة الحد لارتكاب الزنا أن يبحث عن مدى خضوع النشاط لوصف قانونى آخر بقانون العقوبات ، وهذا ما قادت به النيابة العامة فى شأن الواقعة المعروضة ، فان لم يجد حكم بالبراءة اعمالاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات .

- ان هذا الحكم يتعارض وقضاء سابق لذات المحكمة والتى ايدت الحكم الصادر ببراءة المتهم من جريمة شرب الخمر لعدم توافر الشروط المتطلبة لاقامة الحد وعدم خضوع الفعل لنص تجريم بقانون العقوبات الاتحادى والقوانين العقابية الاخرى المكملة له [14]، وهو ما يتفق فى رأينا ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، وكان يقتضى اتجاه المحكمة بشأن جريمة الزنا المعروضة ان تقضى بنقض الحكم الصادر بالبراءة فى شأن واقعة شرب الخمر والزام القاضى بتطبيق عقوبة تعزيرية تتفق واتجاهها الذى يتعارض فى رأينا ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، وهو مبدأ تقره الشريعة الاسلامية وأكدته المحكمة العليا فى احكامها حيث قضت بأنه :

" و إذا كانت الشريعة قد تركت للقاضى أن يختار العقوبة التعزيرية الملائمة ، الا أنه ليس فى الشريعة ما يمنع ولى الامر من أن يجعل لكل جريمة عقوبة معينة يلزم القاضى بتوقيعها أو عقوبتين يختار القاضى احدهما أو تعيين الحد الأدنى والاقصى للعقوبة ، ولولى الامر كذلك أن يأمر باتخاذ التدابير المناسبة لظروف الجريمة والمجرم تحقيقاً للصالح العام ، وذلك كله فيما عدا جرائم الحدود والقصاص والدية ، إذ أن ذلك من باب تخصيص القضاء وهو جائز شرعاً "[15].

- كما قضت بنقض حكم بالجلد على متهمين بتناول المشروبات الكحولية استناداً إلى أن عقوبة الجلد لم ترد بين العقوبات التى وردت حصراً بالمادة ٦٦ من قانون

---

(١٤) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ١٦/٥/١٩٩٠م ، الطعن رقم ٢٣ لسنة ١٢ ق ع جزائى ، سبق الاشارة إليه .

(١٥) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ٣/١٠/١٩٩٢ ، الطعن رقم ٥٨ لسنة ١٤ ق ع شرعى جزائى ، غير منشور .

العقوبات الاتحادى [16].

- وأيدت الحكم السابق فيما قضى به من درء حد الزنا للشبهة ولكنها نقضته لأنه قضى بعقوبة تعزيرية للزنا فى شأن المتهمة وهى الجلد خمساً وثلاثين جلدة معللة ذلك بأنه كان يتعين على محكمة الموضوع التقيد بالأحكام الواردة فى قانون العقوبات الاتحادى والقوانين المكملة له فى شأن تحديد العقوبات التعزيرية، وكان عليها تطبيق قاعدة التعدد المعنوى الواردة بالمادة ٨٧ من قانون العقوبات بدلاً من فرض أكثر من عقوبة لذات الواقعة حيث فرضت محكمة الموضوع عقوبة للدعارة وعقوبة للزنا وعقوبة للخلوة المحرمة حيث قالت :

" وإذا كانت الخلوة المحرمة التى تجمع بين امرأة ورجل اجنبى عنها تعد من المقدمات التى تفضى إلى الزنا ، كما أن جريمتى ممارسة الدعارة والزنا تنطويان على فعل واحد هو الوطء المحرم وتتوافر جريمة ممارسة الدعارة فى حق المرأة بتكرار هذا الفعل والاعتياد عليه ، مما كان يقتضى توقيع عقوبة واحدة عن هذه الجرائم الثلاثوالاكتفاء بأشد العقوبات المقررة لها "[17].

- ان هذا القضاء يتعارض وقضاء المحكمة الاتحادية العليا السابق ، والذى قررت فيه ، بشأن واقعة زنا لم تتوافر الشروط القانونية فيها لاقامة الحد ، ان محكمة الموضوع باستبعادها جريمة الزنا عن الطاعن واستبدالها بجريمة هتك العرض تكون قد استخدمت حقها فى اعطاء الوصف الصحيح للافعال التى ادانته بها بمقتضى الوصف الذى يتسع نطاقه لكل الفواحش على العرض [18].

- كما أخذت المحكمة الاتحادية العليا فى حكم آخر بنظرية العقوبة المبررة عندما

---

(١٦) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ١٩٩٢/١٢/١٢م ، الطعن رقم ٣٧ لسنة ١٤ نقض جزائى شرعى ، غير منشور .

(١٧) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ١٩٩٢/١٢/١٢م ، الطعن رقم ٣٧ لسنة ١٤ ق ع نقض شرعى جزائى .

(١٨) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ١٩٨٩/٣/٨ ، الطعن رقم ١٣١ لسنة ١٠ ق ج ع طلب وقف تنفيذ ، سبق الاشارة إليه .

قضت بنقض الحكم الصادر بادانة المتهم لارتكابه جريمة الزنا والقذف التعزيريتين ومعاقبته بالجلد تسعين جلدة والحبس سنة جزئياً استناداً إلى أن عدول المتهم عن اقراره بالزنا وان كان يحول دون اقامة الحد إلا أنه لا يحول دون اعتبار الواقعة قذفاً، وأنه حيث أن الحكم المطعون فيه عاقب المتهم بعقوبة واحدة هى الحبس لمدة سنة ، وهى العقوبة المقررة لجريمة القذف عملاً بنص المادة ٣٧٢ من قانون العقوبات الاتحادى وفى نطاق العقوبة المقررة لجريمة هتك العرض بالرضا وفقاً لنص المادة ٣٥٦ من ذات القانون المذكور ، ولم يفرد الحكم عقوبة مستقلة عن جريمة الزنا كان النعى بهذا الخصوص أياً كان وجه الرأى غير منتج ، وقالت فى شأن نقضها للشق الخاص بعقوبة الجلد أنه :

" من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا قضى الحكم بعقوبة تعزيرية فانه يتعين التزام الاحكام الواردة فى قانون العقوبات الاتحادى والقوانين العقابية الاخرى المكملة له فى شأن تحديد الجرائم التعزيرية والعقوبات المقررة لها عملاً بالمادة الأولى من قانون العقوبات الاتحادى رقم ٣ لسنة ١٩٨٧ ، وذلك تطبيقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات " [١٩].

ويتضح من هذا الحكم أن المحكمة الاتحادية العليا تؤكد أن افعال هتك العرض بالرضا قد تشمل الزنا، ونقضت الحكم جزئياً اعمالاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

– وأخيراً فإننا نؤكد أن مبدأ الشرعية يشمل الجريمة والعقوبة معاً ، وهذا ما تنص عليه المادة ٢٧ من الدستور المؤقت للدولة والتى تقضى بأن "يحدد القانون الجرائم والعقوبات ، ولا عقوبة على ماتم من فعل أو ترك قبل صدور القانون الذى ينص عليها " ، وما تقرره المادة الأولى من قانون العقوبات الاتحادى التى نصت على أنه" ... وتحدد الجرائم والعقوبات التعزيرية وفق أحكام هذا القانون والقوانين

(١٩) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ١٩٩٢/١٢/١٦م ، الطعن رقم ٧٨ لسنة ١٤ قضائية عليا نقض جزائى شرعى ، غير منشور .

العقابيـة الاخرى " ، ومن المستقر عليه أنه يتعين اعمالاً لمبدأ الشرعيـة أن يكون النص القانونى كاملاً يوضح الجريمة والعقوبة المقررة لها ، فإذا لم يتوافر فيه هذا الشرط كان تطبيق القاضى له خروجاً على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، ولذلك إذا نهى المشرع عن فعل ولم يقرر عقوبة أو قرر عقوبة دون بيان الفعل الذى توقع من أجله كان تطبيق مثل هذه النصوص خروجاً على مبدأ الشرعية "[20] .

ولعدم توافر الشروط المتطلبة شرعاً لتطبيق الحد أو القصاص أو الدية يقتضي من القاضى الجزائى أن يبحث عن مدى خضوع الفعل لوصف قانونى تعزيرى قرر له الشارع الوضعى عقوبة فإن وجد مثل هذا النص طبقه وان لم يجد قضى بالبراءة ، ولذلك فإننا نؤيد اتجاه النيابة العامة فيما ذهبت إليه فى شأن الواقعة المعروضة فى ضوء ما سبق عرضه ، ونرى أنه يتعين على المشرع أن يتدخل لمواجهة القصور التشريعى الموجود ليعاقب على جريمة الزنا تعزيراً ، ويقرر لها عقوبة ملائمة .

٢- مدى تقيد القاضى الجزائى بمذهب معين فى قضائه :

يثورالتساؤل عن مدى تقيد القاضى الجزائى بمذهب معين فى قضائه ، وخصوصاً أن المادة الأولى لقانون المعاملات المدنية الاتحادى نصت على أنه " تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها وفحواها ، ولا مساغ للاجتهاد فى مورد النص القطعى الدلالة . فإذا لم يجد القاضى نصاً فى هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الاسلامية . على أن يراعى تخير أنسب الحلول من مذهبى الامام مالك والامام أحمد بن حنبل فاذا لم يجد فمن مذهبى الإمام الشافعى والإمام أبى حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة .فإذا لم يجد حكم القاضى بمقتضى العرف على الا يكون متعارضاً مع النظام العام أو الآداب و إذا كان العرف خاصاً بامارة معينة فيسرى حكمه على هذه الامارة " .

---

(٢٠) الدكتور محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، رقم ٧٠ .

نرى أن النص السابق لا يسرى بشأن التجريم والعقاب فهذا النص يتعلق بتنظيم المعاملات المدنية ، ويوضح الحكم فى حالة غياب النص والدليل على ذلك أنه اعتمد العرف كمصدر للقواعد التى تحكم المعاملات المدنية فى حالة غياب الحكم فى أى مذهب من المذاهب ، وهذا يخالف المستقر عليه فى مجال التجريم والعقاب من أنه لا جريمة ولا عقوبة الا بنص وسواء كان الامر يتعلق بالحدود و القصاص والدية أو التعازير ، ويمكن القول بأن للعرف دور ثانوى فى هذا المجال ، كما أن الأخذ بمذهب أومذاهب معينة فى مجال التجريم والعقاب لن يكون سوى للتفسير لاللتشريع ، ونضيف أنه إذا كان المشرع يريد تقييد سلطة القاضى الجزائى بمذهب معين أو مذاهب معينة وفقاً لترتيب معين لكان نص على ذلك صراحة بالقانون كما فعل بقانون المعاملات المدنية أو كان أصدر القانون على نمط المشروع الأول الذى وضع له وكان يحدد جرائم الحدود والقصاص والدية واركانها تفصيلاً ، ومع ذلك صدر عن المحكمة الاتحادية العليا يفيد فى ظاهره الأخذ بالمذهب المالكى كأساس للتفسيرحيث تقول :

" وحيث إن الطاعن ينعى بالسببين الثالث والرابع على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق الشريعة الاسلامية ويقول بياناً لذلك ، إن جريمة الحرابة غير متوافرة لأنه هو والمتهم الآخر لم يخرجا بقصد إخافة السبيل أوقطعه ولم تكن غايتهما العدوان ، والحرابة هى خروج جماعة أو فرد ذوى شوكة إلى الطريق العام بغية منع السفر أو سرقة أموال المسافرين ، كما أن التوبة سبب لإعفاء المحارب من الحد أو سقوطه عنه بشرط أن تكون التوبة قبل القدرة عليه ، والقدرة على المحارب لا تعنى فقط وصول يد السلطة إليه وإنما تعنى مقاومة سلطة الدولة فى محاولتها إلقاء القبض عليه وهذا غير حاصل فى الدعوى ورغم هذا عاقب الحكم الطاعن بعقوبة حد الحرابة فضلاً عن أنه ساوى بينه وبين المتهم الأخير مع أن الأخير مجرم عائد وجرمه أشد خطورة إذ أنه هو الذى دبر للجريمة بينما انقاد الطاعن له .

وحيث إن هذا النعى مردود ، ذلك أن الحرابة كما وصفها ابن عرفة هى الخروج لأخذ مال محترم بمكابرة قتال أو ذهاب عقل أو قتل خفية أو لمجرد قطع الطريق وان لم يتوافر قصد أخذ المال وذلك لغير عداوة على وجه يتعذر معه الغوث ، وجاء بمدونة الامام مالك أنه إذا خرج المحارب بدون سلاح بل خرج متلصصاً لكنه اخذ مكابرة حرابة عند المالكية هى اخافة السبيل سواء قصد المحارب المال أو

لم يقصده ، فمن خرج لقطع السبيل لغير المال فهو محارب ، ويدخل فى الحرابة أخذ المال مخادعة أو بطريق الحيلة مع استعمال القوة أوعدم استعمالها ، واعتبر الامام مالك الحرابة فى ذاتها جريمة ولا ينظر إلى ما يرتكبه المحاربون من جرائم سرقة أو قتل أو زنا بل ينظر إلى معنى محاربة الله ورسوله لقوله تعالى " إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الارض فساداً أن يقتلوا أويصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا فى الارض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم " وينطبق ذلك فى حال خديعة المجنى عليهم و أخذهم إلى مكان بعيد عن الغوث فإذا قتل المجنى عليه فى هذه الحالة فإن الامام مالك يسمى هذا النوع من القتل بالقتل غيلة ، ويعتبر المالكية كل خروج على النظام العام لارتكاب الجرائم يعد حرابة مادام الجانى عنده القدرة على الازعاج والتخويف أياً كان نوع هذه القدرة ، ولان النص الكريم - على خلاف ما يذهب إليه بعض الفقهاء - لم يخص المحاربة بالسرقة والقتل .... وعلى هذا فان فعل الزنا يدخل فى عموم الحرابة لان البضع أحرى من المال كما ذكر القرطبى وابن العربى ، فمن خرج لاخافة السبيل قصداً للغلبة على الفروج فهو محارب أقبح ممن خرج لأخذ المال لان الحرابة فى الفروج أفحش منها فى الاموال وان الناس ليرضون ان تذهب أموالهم وتخرب بين أيديهم ولا يرضون أن يحرب المرء فى زوجته أوبنته ، وتحدث الحرابة من جماعة أو فرد قادر على الفعل ويشترط أبو حنيفة وأحمد أن يكون مع المحارب سلاح أو ما هو فى حكم السلاح كالعصا والحجر ولا يشترط مالك والشافعى والظاهرية والشيعة الزيدية وجود السلاح بل يكفى عندهم أن يعتمد المحارب على قوته ، كما أنه يكفى عند المالكية - ومذهبهم هو المعمول به فى البلاد - مجرد المخادعة حتى ولو لم تستعمل القوة بأن يستعمل المحارب اعضاءه كاللكز أو الضرب بجمع الكف ، ويعد محارباً كل من باشر الفعل أو تسبب فيه أو أخاف المجنى عليهم أو أعان على ذلك ولو لم يباشر بنفسه فجميعهم يعد محارباً عند مالك وابى حنيفة واحمد والظاهريين إلا أن الشافعى لا يعتبر محارباً إلا من باشر فعل الحرابة بنفسه ، فعند جمهور الفقهاء إذا خرج جماعة وقطعوا الطريق وارتكب بعضهم جرائم القتل والسرقة ولم يفعل الباقون شيئاً فكلهم مسئول عن تلك الجرائم هذا على خلاف ما يرى الشافعى ، و إذا أسفرت الحرابة عن قتل فيجب قتل المحارب عند مالك وأبى حنيفة والشيعة الزيدية لمجرد القتل فلا يشترط أن يكون القتل عمداً فإن المحارب يقتل سواء كان القتل عمداً أو شبه عمد أو خطأ - مع ملاحظة أن مالك لا يعترف فى الأصل بشبه العمد - وعلى خلاف الأصل فى مذهب الاحناف فإن الحنفية فى الحرابة يسوون بين كافة أنواع القتل ومذهب الإمام أحمد يستوى فى القتل حرابة أن يكون عمداً أو شبه عمد ، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على ماأورده بمدوناته من أن الطاعن والمتهم الثانى قد اعترفا بأنهما خدعا رب الاسرة وجعلا المجنى عليهن يركبن سيارتهما بموافقته ثم هددا المجنى عليهن بالسكين وقاما باكراه ثلاث منهن على ممارسة الفاحشة بمواقعتهن وافتضا بكارة اثنتين منهن وأن وفاة المجنى عليها صغرى باى نظر على قد نجمت عما اتاه المتهمان من خطف واكراه ومغالبة وترك المجنى عليهن فى مكان قصى منعزل شديد الحرارة بعيد عن العمران وادراك الغوث بلا طعام ولا ماء مما

تسبب فى وفاتها وهى مسنة لا تتحمل ذلك وأن الواقعة وان بدأت بالحيلة إلا أنه سرعان ما انقلبت إلى المغالبة بالسلاح والقهر مما يتوافر معه ما اشترطه الفقهاء فى الحرابة وأنهما يسألان معا عن جميع الجرائم التى وقعت على المجنى عليهن ، وهذه أسباب سائغة لها معينها من الأوراق وتؤدى إلى النتيجة التى خلص إليها الحكم وتتفق وأحكام الشريعة الاسلامية "[٢١].

فإذا تعمقنا النظر فى هذا الحكم لوجدنا أنه وإن أشار إلى أن المذهب المالكى هو المذهب المعمول به فى البلاد إلا أن ذلك لا يعد سوى أن يكون جملة اعتراضية ، والدليل على ذلك أن المحكمة وعلى الرغم من أنه اعتمدت رأى المذهب المالكى للقول بتوافر الحرابة فى حالة الزنا وفى غير حالات الخروج لأخذ المال الا أنها تعرضت لموقف سائر المذاهب دون التزام بالترتيب الوارد بقانون المعاملات المدنية كما أشارت إلى مذاهب لم يرد ذكرها بالنص الوارد بقانون المعاملات المدنية ، ويؤيد رأينا هذا حكم آخر للمحكمة الاتحادية العليا اعتمدت فيه رأى المذاهب الأربعة فى استخلاص توافر العمد لدى القاتل وان اشار إلى أن المذهب المالكى هو المذهب الجارى عليه العمل فى البلاد حيث تقول المحكمة :

" وحيث إن الطاعن ينعى بالسببين الخامس والسادس على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والتناقض ، ويقول بياناً لذلك ، انه يلزم لتوافر شروط جريمة القتل العمد توافر قصد القتل ، وليس بلازم أن يكون كل من استعمل سكيناً يقصد حتماً القتل ، والطاعن لم يكن يقصد قتل المجنى عليه، فقد كان وقت ارتكاب الجريمة تحت تأثير الخمر ، وأدانه الحكم بجرم السكر ، وهذا السكر أثر على ارادته بما ينفى نية القتل لديه ، واعتبره الحكم وهو فى حالة السكر مسئولاً عن تصرفه ومقتضى هذه المسئولية أن يتحمل بدية القتيل الا أن الحكم لم يقتصر على القضاء بالدية بل عاقبه بالسجن ، ويلزم لتوقيع عقوبة السجن توافر قصد القتل الذى لم يثبت ببينة فى الدعوى .

وحيث أن هذا النعى مردود ، ذلك أن الرأى الراجح فى فقه المذاهب الاربعة أن من يتناول المسكر مختاراً بغير عذر فيسكر منه يسأل عن الجرائم التى يرتكبها اثناء سكره سواء ارتكبها عامداً أو مخطئاً ويعاقب بعقوبتها لانه أزال عقله بنفسه وبسبب هو فى ذاته جريمة فيتحمل العقوبة زجراً له فضلاً عن اعفاءه من المسئولية يؤدى إلى أن من أراد ارتكاب جريمة معينة وشرب الخمر وفعل ما أراد أياً كان يفلت من العقاب وهذا يتجافى مع السياسة الشرعية ، أما بصدد ما تمسك به الطاعن من أن

---

(٢١) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ١٩٩٣/١/٣٠ ، الطعن رقم ٦٨ لسنة ١٤ ق ع نقض شرعى . ج ،، غير منشور .

قصده لم ينصرف إلى قتل المجنى عليه فقد ثار خلاف فى الفقه الاسلامى فى شأن استظهار القصد الجنائى فى جريمة القتل العمد ، وأشد الفقهاء تشدداً فى ذلك أبوحنيفة وأصحابه فقد حصروا القتل العمد فى القتل المباشر بآلة ينشأ عنها القتل عادة فاذا كانت تقتل عادة وحدثت الوفاة فإن القتل يثبت مادام الفاعل مختاراً مريداً يعرف أن المقتول معصوم الدم ولا يصدق ادعائه بانه لايقصد القتل إلا بدليل مثبت لذلك ، ويشترط أبو حنيفة فى الآلة أن تكون محددة من شأنها فصل الاجزاء عن بعضها ، ويرى فقهاء المذهب الشافعى أن القتل العمد يكون بآلة يقتل بها غالباً سواء كانت محددة أم غير محددة مادام من شأنها القتل ، وعند الحنابلة تفصيل فى بيان الآلة أورده المغنى الحنبلى إلا أن المذهب الحنبلى فى الجملة اعتبر الآلة دليلاً على القصد الجنائى وهو قريب فى ذلك من مذهب الاحناف، ومن هذا يظهر أن مذهب الجمهور يشترط لاعتبار الفعل قتلاً عمداً أن يقصد الجانى قتل المجنى عليه فإذا لم يتوافر هذا القصد فلا يعتبر الفعل قتلاً عمداً وقصد القتل عندهم هو الذى يميز القتل العمد عن شبه العمد وعن القتل الخطأ ، فان تعمد الجانى الفعل بقصد قتل المجنى عليه فهو قتل عمد و ان تعمد الفعل بقصد العدوان المجرد عن نية القتل فهو شبه العمد وان تعمد الفعل دون قصد عدوانى أو دون أن يقصد نتيجته فهو خطأ ، أما المالكية ومذهبهم الجارى عليه العمل فى البلاد - فانهم لايشترطون لاعتبار الفعل قتلاً عمداً أن يقصد الجانى قتل المجنى عليه ويستوى أن يصد الجانى قتل المجنى عليه أو يتعمد الفعل بقصد العدوان المجرد عن نية القتل مادام لم يتعمد الفعل على وجه اللعب أو التأديب وهذا يتفق مع منطق المالكية فى أنهم لا يعترفرن بالقتل شبه العمد فالقتل عندهم عمد وخطأ فقط ، واستدلال الجمهور على القصد الجنائى للقتل بالآلة المستعملة لاستظهار نية القتل لأن النية أمر باطنى كامن فى النفس فاستعمال الآلة يكون غالباً هو المظهر الخارجى لنية القاتل وهو الدليل المادى الذى لا يكذب فى الغالب واستغنوا بهذا الشرط الدال على قصد المجنى عليه عن مدلول الشرط اى أنهم اقاموا الدليل مقام المدلول ، أما المالكية فينظرون إلى ما اقترن بالفعل من أمور تدنى إلى القصد من ذلك إذا كان القتل لعداوة أو فى حالة غضب فترتب على ذلك الموت لأن الموت قد وقع بفعل مقصود ، وليس فى مذهب الامام مالك ما يمنع من الاستدلال على قصد المتهم بالآلة المستعملة أو بمحل الاصابة ولكن ليس من الضرورى قصد القتل إذ يكفى ان يثبت أن الفعل كان بقصد العدوان ولم يكن على سبيل اللعب أو التأديب ، وإذ استدل الحكم المطعون فيه فى أسبابه على نية القتل لدى الطاعن بأنه طعن المجنى عليه عدة طعنات قاتلة فى عدة مواضع من جسمه بآلة حادة والشأن فيها أنها معدة للذبح والقطع والقتل وذلك عمداً عدواناً وهذه اسباب سائغة لها معينها من الاوراق وتكفى لحمل قضاء الحكم فيما خلص إليه من توافر القصد الجنائى فى القتل العمد ، وهذا الاستخلاص يتفق مع فقه المذاهب الاربعة على نحو ما سلف ، فان النعى يكون على غير اساس . ولما تقدم يتعين رفض الطعن " [٢٢] .

---

(٢٢) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى شرعى ، جلسة ١٦/١٢/١٩٩٢م ، الطعن رقم ٧٧ لسنة ١٤ جزائى شرعى ، غير منشور .

ومن حكم آخر يمكننا أن نستخلص أن القضاء لا يلتزم بالاخذ بمذهب معين فى الترتيب بل يرجع إلى جميع المذاهب أو بعضها ليؤيد أسبابه حيث طعن المحكوم عليه فى حكم ادانه بارتكاب جريمة هتك العرض بالرضا بعد طرحه لتكييف الواقعة بأنها زنى يوجب اقامة الحد ، واستند فى ذلك إلى اقرار المتهم بارتكاب الفعل ، واسس الطاعن طعنه على أنه كان يتعين لاعتبار الاقرار تكراره فقضت المحكمة الاتحادية العليا بأن :

" الدليل المستمد من الاعتراف بالنسبة لجريمة هتك العرض لا يستلزم تكراراً أمام القاضى والاصرار عليه على غرار ماهوعليه الامر الامر بالنسبة لجريمة الزنى التى هى جريمة خاصة ودليلها من نوع خاص تتقيد به وحدها دون غيرها من جرائم العرض الاخرى التى تخضع فى اثباتها لقواعد الاثبات العامة وفى عقوباتها لنصوص القانون العام " [٢٣] .

ويتضح لنا من هذا الحكم السابق أنه لو كان الحكم المطعون فيه قد ادان المتهم عن ارتكابه جريمة الزنا لاقراره لمرة واحدة لكانت المحكمة الاتحادية العليا نقضت الحكم لانها تتطلب تكرار الاقرار فى جريمة الزنى فإذا رجعنا إلى المذاهب الفقهية المختلفة فى هذا الشأن لوجدنا أن مالك لايشترط تكرار الاقرار لان الاقرار خبر والخبر لا يزيد بالتكرار بينما يشترط أبو حنيفة وأحمد أن يقر الزانى بالزنا أربع مرات قياساً على اشتراط الشهود الأربعة واستناداً إلى السنة النبوية الشريفة [٢٤].

ونرى أن الأخذ برأينا هذا وتفسيرنا لقضاء المحكمة الاتحادية العليا ما هو الا تأكيد لمبدأ استقر عليه فى الشريعة والقانون وهو درء الحدود بالشبهات (الشك يفسر لمصلحة المتهم) ، وتأكيداً لقول الرسول صلوات الله وسلامه عليه " إن الامام

(٢٣) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ١٩٨٩/٣/٨م ، الطعن رقم ١٣١ لسنة ١٠ ق ج ع طلب وقف تنفيذ ، غير منشور .

(٢٤) الدكتور محمد نعيم فرحات ، شرح القسم الخاص فى التشريع الجنائى الاسلامى ، سلسلة الكتاب الجامعى ، جدة ،١٩٨٤م ، رقم ١٢٤ .

يخطئ فى العفو خير أن يخطئ فى العقوبة " ، وقوله " ادرءوا الحدود بالشبهات"، ويضرب الفقه مثالاً لذلك بموقف الرسول عليه الصلاة والسلام من ماعز عندما جاء معترفاً بالزنا حيث قال عليه السلام " لعلك قبلت ، لعلك لمست ، لعلك غمزت " كل ذلك يلقنه أن يقول نعم بعد اقراره بالزنا ، ولما أصر على اقراره أربع مرات دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال له أبك جنون قال لا قال : فهل احصنت ؟ قال نعم فقال الرسول عليه الصلاة والسلام أرجموه "[25]، فقاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم تسرى فى شأن التفسير فيأخذ القاضى بالمذهب الذى يفسر لمصلحة المتهم دون أن يتقيد باتجاه معين ، ونؤكد أنه لو أراد المشرع الالتزام بمذهب معين أو بمذاهب معينة وفقاً لترتيب معين لنص على ذلك صراحة .

٣ - التطبيق غير المباشر لاحكام الشريعة الاسلامية بشأن التجريم والعقاب ، واثرها المباشر بشأن التخفيف والاباحة :

إذا كان قانون العقوبات الاتحادى جعل من أحكام الشريعة الاسلامية مصدر التجريم والعقاب بالنسبة لجرائم الحدود والقصاص والدية ، والنصوص الوضعية مصدر للجرائم التعزيرية فإن المرجع الأول والأخير بالنسبة لهذه الجرائم هو القانون الوضعى ، ولذلك إذا صادف القاضى غموضاً متعلقاً بالنص اتبع القواعد الخاصة بالتفسير وضعاً ورجع إلى المصدر التاريخى للنصوص وأحكام القضاء ، ومن المعلوم أن قانون العقوبات الاتحادى وقانون الاجراءات الجزائية الاتحادى قد تأثرا بكل من قانون العقوبات وقانون الاجراءات الجنائية المصريين .

ومع ذلك لا نستطيع أن ننكر التأثير غير المباشر لأحكام الشريعة الاسلامية على صياغة وتطبيق القانون الوضعى ، وسندنا فى ذلك لا المادة الأولى من قانون العقوبات الاتحادى التى تفرض الرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية فى شأن

(٢٥) الدكتور محمد نعيم فرحات ، المرجع السابق ، رقم ١٢٤ .

جرائم الحدود والقصاص والدية ، ولكننا نستند إلى المادة السابعة من الدستور المؤقت لدولة الامارات العربية المتحدة والتى نصت على أن " الاسلام هو الدين الرسمى للاتحاد ، والشريعة الاسلامية مصدر رئيسى للتشريع فيه...." ، وبناء على ذلك يرجع إلى أحكام الشريعة الاسلامية لتحديد بعض عناصر التجريم كتحديد مفهوم الفعل الفاضح فى جريمة الفعل الفاضح العلنى أو مفهوم الآداب العامة فى جريمة الاخلال بالآداب العامة على سبيل المثال .

وهذا ما يؤكده قضاء المحكمة الاتحادية العليا الذى قضى بدستورية المادة ٥٨ من قانون عقوبات أبوظبى المعدل بالقانون رقم ٨٣/٥ ، والتى نصت على أن " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على سنتين ، وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف درهم ولا تزيد على عشرين الف درهم أو باحدى هاتين العقوبتين كل شخص يأت اى قول أو فعل من شأنه الاخلال بالآداب العامة " حيث استند الطعن بعدم الدستورية إلى أن النص لم يحدد الأفعال والأقوال التى تشكل جريمة الاخلال بالآداب العامة مما يثير التعارض مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات المقرر بالمادة ٢٧ من دستور الدولة المؤقت ، واستندت المحكمة فى قضائها بالدستورية إلى أن :

" البين من سياق عبارة النص ان المشرع أفصح فى وضوح دون لبس أو ابهام ان التأثيم يكون فى اقتراف الجانى لفعل أو قول يخل بالآداب العامة وحدد فى جلاء عقوبة هذه الجريمة ومن ثم فان فى هذا البيان ما يحقق موافقة النص لمبدأ شرعية التجريم والعقاب المقرر بدستور الدولة ، ولا يعتبر النص فاقداً شرعيته ان لا يكون قد وضع تعريفاً للمراد بالآداب العامة للوقوف على الافعال والاقوال التى تؤثم فى الاخلال بها ذلك بأن حرص المشرع فى عدم ايراد هذا التعريف مسلك قويم سديد فى صياغة التقنين تسير على نهجه القوانين الجزائية المقارنة التى تعمد فى نصوصها الاعراض عن وضع تعريف جامع مانع يتسم بالثبات والحصر والجمود لما يعتبر مخلاً بالحياء أو ما يتحقق به الاخلال بالآداب العامة أو ما يعد تعرضاً للأنثى بما يخدش حياءها لكى يتاح لأحكام القضاء تقرير الضوابط التى يهتدى بها فى هذا الصدد استمداداً من بيئة المجتمع والعرف السائد فيه وتقاليده التى يحرص عليها ، وفى ضوء ذلك تصدى قضاء دائرة طعون النقض فى المواد الجزائية لهذه المحكمة لتأصيل معيار ينير السبيل ويستهدى به فى التعرف على ما يعتبر اخلالاً بالآداب العامة ، فلقد استقر هذا

القضاء على القول بأن نص المادة ٥٨ من قانون العقوبات المعمول به فى امارة أبو ظبى بتعريف للآداب العامة التى يعد الاخلال بها مؤثماً الا أن المرجع الذى ينبغى ان يهتدى به كشفاً عن المقصود منها يكون بالوقوف على السمات العامة لاخلاق وآداب الاسلام باعتباره الدين الذى يعتنقه مجتمع هذه الدولة وتعتبر الشريعة الاسلامية مصدر رئيسى للتشريع فيه ، ولا مراء فى ان هذا الدين الحنيف وأحكامه المنبثقة من القرآن الكريم والسنة والاجماع تأمر بمحاسن الاخلاق وتحث على الفضائل وتنهى عن المنكر وتنبذ المعاصى فى كافة صورها فشرعت الحدود لعقاب الكبائر منها ، واتاحت لولى الأمر ان يزجر تعزيراً ما لم تشمله الحدود من آثام ، فخولت له - فى سبيل تكوين الجماعة الصالحة ودرء المفاسد عنها والابقاء عليها مستمسكة بسلوك الاسلام القويم - الحق فى وضع العقوبات التعزيرية لما يصون الاعراض ويمنع خدش الحياء ، ويحول دون أن تشيع الفاحشة أو ما تتأذى به مشاعر جماعة المسلمين ، وخلص ذلك القضاء إلى أن تأثيم الجانى بالعقوبة التعزيرية المقررة بنص المادة ٥٨ من قانون العقوبات آنف الذكر يتسع وينبسط إلى كل فعل أو قول ينطوى على الخروج على خلق وآداب الاسلام أو ما يكون مستهجناً فى هذا الدين مؤذياً لمشاعر افراد المجتمع الاسلامى"[٢٦]

كما يرجع القاضى الجزائى إلى أحكام قانون المعاملات المدنية وهو مستمد من أحكام الشريعة الاسلامية لتحديد ما إذا كان المال محل السرقة التعزيرية مملوكاً للجانى أو المجنى عليه ، كما يرجع إلى ذات القانون فى تحديد أركان بعض العقود التى تقع بها جريمة خيانة الامانة .

و إذا كان لأحكام الشريعة الاسلامية دور غير مباشر فى التجريم فى شأن الجرائم التعزيرية فإن دورها المباشر أكثر وضوحاً فى شأن استبعاد العقاب أو تخفيفه و أسباب الاباحة [٢٧] ، ومثال ذلك حق تأديب الزوج لزوجته وأولاده كسبب من أسباب الاباحة حيث نصت المادة ٥٣ من قانون العقوبات الاتحادى على أنه " لا جريمة اذا وقع الفعل بنية سليمة استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون ، وفى نطاق

---

(٢٦) المحكمة الاتحادية العليا ، الدائرة الأولى للمواد الدستورية ، جلسة ١٩٨٧/٤/١٩م ، الطلب رقم ١ لسنة ١٤ دستورية ، غير منشور ، وأنظر فى ذات المعنى نقض جزائى ، جلسة ١٩٨٦/٢/٢٤ م ، الطعن رقم ٤٢ لسنة ٧ قضائية عليا نقض جزائى ، غير منشور .

(٢٧) الدكتور محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة السادسة ، ١٩٨٩ ، رقم ٧٣ .

هذا الحق . ويعتبر استعمالاً للحق : ١ - تأديب الزوج لزوجته وتأديب الآباء ومن فى حكمهم للأولاد القصر فى حدود ما هو مقرر شرعاً أو قانوناً " ، وفيما يتعلق باداء الواجب كسبب من أسباب الاباحة نصت المادة ٥٤ على أنه " لا جريمة إذا وقع الفعل قياماً بواجب تأمر به الشريعة أو القانون إذا كان القانون إذا كان من وقع منه الفعل خولاً بذلك قانوناً " .

٤ - المسئولية الجنائية للسكران باختياره:

نصت المادة ٦١ من قانون العقوبات الاتحادى على أنه " إذا كان فقد الادراك أو الارادة ناتجاً عن عقاقير أو مواد مخدرة أو مسكرة تناولها الجانى باختياره وعلمه عوقب على الجريمة التى وقعت ولو كانت تتطلب قصداً جنائياً خاصاً كما لو كانت قد وقعت بغير تخدير أو سكر .

فإذا كان الجانى قد تناول العقاقير أو المواد المخدرة أو المسكرة عمداً بغية ارتكاب الجريمة التى وقعت منه عد ذلك ظرفاً مشدداً للعقوبة " .

ونرى أن المشرع الاماراتى بهذا النص قد وضع حداً لجدل ثار بشأن مسئولية السكران باختياره كما حدث فى مصر لغياب مثل هذا النص ، وان انتهى القضاء إلى مسئولية السكران باختياره سواء تعلق بالجرائم العمدية أو غير العمدية ولكنه أورد تحفظاً فى شأن الجرائم التى تتطلب القصد الخاص حيث لا يسأل الشخص الا إذا قامت بذات النشاط جريمة أخرى يتطلب القانون بشأنها القصد العام فقط حيث يجب استخلاص القصد الخاص بناء على حقيقة الواقع [٢٨] .

أما استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى فقد انتهى إلى قيام مسئولية السكران باختياره عن الجرائم العمدية أو غير العمدية ، ويستوى أن يكون المشرع

---

(٢٨) نقض مصرى ١٣ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية جـ ٧ رقم ١٥٣ ص ١٤٠ .

قد تطلب توافر القصد العام فقط أو القصد الخاص لقيام المسئولية العمدية [29].

وأياً ما كان الجدل الذى ثار بمصر فقد نص المشرع الاماراتى على مسئولية السكران باختياره صراحة ، وأرجع القضاء بالدولة أساس هذه المسئولية إلى أحكام الشريعة الاسلامية حيث قضت المحكمة الاتحادية العليا بأنه :

"أن الرأى الراجح فى فقه المذاهب الاربعة أن من يتناول المسكر مختاراً بغير عذر فيسكر منه يسأل عن الجرائم التى يرتكبها اثناء سكره سواء ارتكبها عامداً أو مخطئاً ويعاقب بعقوبتها لانه أزال عقله بنفسه وبسبب هو فى ذاته جريمة فيتحمل العقوبة زجراً له فضلاً عن اعفاءه من المسئولية يؤدى إلى أن من أراد ارتكاب جريمة معينة وشرب الخمر وفعل ما أراد أياً كان يفلت من العقاب وهذا يتجافى مع السياسة الشرعية " [30].

المبحث الثانى
الاجراءات الجزائية وتطبيق أحكام الشريعة الاسلامية

نصت المادة ١/١ من قانون الاجراءات الجزائية الاتحادى على أنه "تطبق أحكام هذا القانون فى شأن الاجراءات المتعلقة بالجرائم التعزيرية ، كما تطبق فى شأن الاجراءات المتعلقة بجرائم الحدود والقصاص والدية فيما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الاسلامية " .

وهذا النص يطرح التساؤل عن كيفية تطبيق قانون الاجراءات الجزائية الاتحادى فى شأن جرائم الحدود والقصاص والدية ، وعن التعارض الذى قد يؤدى إلى عدم تطبيقه عليها .

---

(٢٩) الدكتور محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، المرجع السابق ، رقم ٦٠٥ .

(٣٠) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى شرعى ، جلسة ١٩٩٢/١٢/١٦م ، الطعن رقم ٧٧ لسنة ١٤ جزائى شرعى ، غير منشور .

فإذا نظرنا إلى أثر هذه القواعد الموضوعية المشار إليها فى المبحث السابق فى مجال التجريم والعقاب وتقسيم الجرائم إلى حدود وقصاص ودية وتعازير ، وأثرتقيد القاضى الجزائى بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات على سلطته التقديرية لوجدنا أنه يتعين عليه عند نظر الدعوى أن يبحث عما إذا كان الفعل المعروض عليه من جرائم الحدود أوالقصاص أو الدية فإذا كان كذلك تقيد باركان الجريمة واجراءات اثباتها وفقاً لما تقرره أحكام الشريعة الاسلامية ، فإذا تخلف ركن من اركانها أوشرط من شروط الدليل المتطلب لاثباتها كان عليه أن يبحث عما إذا كان الفعل يخضع لوصف قانونى بقانون العقوبات الاتحادى أو القوانين المكملة له أو بالقوانين المحلية ، فإذا تبين له خضوع الفعل لنص تجريم استرد القاضى الجزائى حريته فى جمع الادلة وتجزئتها ،والاخذ ببعض الادلة دون البعض الآخر ، فإذا لم تتوافر أركان الجريمة وفقاً للنص الوضعى قضى القاضى ببراءة المتهم .

وسوف نتعرض لأهم الأمور التى يتقيد القاضى بشأنها فى مجال تطبيق قانون الاجراءات الجزائية عندما يتعلق الأمر بجرائم الحدود والقصاص والدية وهى سلطة القاضى فى جمع وتقدير الأدلة ودور أولياء الدم فى الدعوى الجزائية ونطاق الدعوى أمام المحكمة الاستئنافية فى حالة الطعن من المتهم وحده وأخيراً انقضاء العقوبة .

١ - سلطة القاضى الجزائى فى جمع وتقدير الادلة :

يتمتع القاضى الجزائى بسلطة واسعة فى جمع الأدلة وتقديرها فى مجال الجرائم التعزيرية فلا يتبع ترتيباً معيناً فى الأخذ بها ، ويستطيع أن يستند إلى دليل دون الأدلة الأخرى ففهم الواقع فى الدعوى وتقدير أدلتها وترجيح ماتراه المحكمة راجحاً وجديراً بالاعتبار واستخلاص الحقيقة منها يدخل فى اختصاص

محكمة الموضوع دون رقابة عليها[٣١]، أما فى مجال جرائم القصاص والحدود والدية فإن القاضى يلتزم بالأدلة التى تفرضها أحكام الشريعة الاسلامية والشروط المتطلبة لقيامها فى شأن جرائم الحدود والقصاص والدية .

وهذا ما أكده قضاء المحكمة الاتحادية العلياً حيث أنه إذا كان القاضى الجزائى يتمتع بسلطة تقديرية واسعة فى جمع الادلة فى شأن جرائم التعازير والاستناد إلى بعضها دون البعض الآخر ، فإنه ليس كذلك فى مجال جرائم الحدود والقصاص والدية فهو يتقيد بقواعد الاثبات المحددة فى شأن كل جريمة والتى حددتها الشريعة الاسلامية بما فى ذلك من تأكيد لأن الشريعة الاسلامية تستهدف أولاً وأخيراً حماية حقوق المتهم والا توقع عقوبة على شخص وهناك شك فى ارتكابه الجريمة المنسوبة إليه ، ونضرب لذلك بعض الامثلة مؤيدة بقضاء المحكمة الاتحادية العليا :

أ - الاقرار :

الاقرار فى الشريعة الاسلامية اعتراف الشخص على نفسه بما يضره [٣٢]، وهو مايقابل الاعتراف فى القانون الوضعى .

ووفقاً للشريعة الاسلامية إذا صدر الاقرار من غير اكراه ، وعدل عنه المقر قبل منه الرجوع حيث أن ما يكون حقاً لله تعالى يدرأ بالشبهات ويحتاط لاسقاطه ، فإذا أقر الشخص بزنا ثم عدل عن اقراره لم يؤاخذ باقراره لأن الزنا يتعلق بحقوق الله تعالى [٣٣] ، وإذا أقر بشرب الخمر وعدل عنه لم يقم عليه الحد [٣٤]، أما إذا أقر

---

(٣١) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ١٩٩٣/٣/٦ ، الطعن رقم ١٦٢ لسنة ١٩٩١ ق ع شرعى ، غير منشور ، وفى ذات المعنى أنظر جلسة ١٩٨٩/٣/٨ ، الطعن رقم ١٣٠ لسنة ١٠ ق ع نقض جزائى ، غير منشور .

(٣٢) دكتور محمد نعيم فرحات ، المرجع السابق ، رقم ١٢٣ .

(٣٣) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ١٩٩٢/١٢/٢٦م ، الطعن رقم ٧٨ لسنة ١٤ قضائية عليا نقض جزائى شرعى ، غير منشور .

(٣٤) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ١٩٩٠/٢/٢٨ ، الطعن رقم ٢٣ ق ع جزائى ، غير منشور .

الشـخص بجناية من الجنايات التى تقع على النفس ومـادونهـا وعلى الجنين وهى جرائم تتعلق بحقوق العباد ولوكان بعضها يعاقب عليه بالقصاص مما يحتاط فيه ويدرأ بالشبهات ، فانه يؤاخذ باقراره ولو عدل عنه لأن هذه الجنايات تتعلق بحقوق العباد ،وإذا ثبت بعد ذلك أن الاقرار مكذوب فلا يؤاخذ المقر باقراره سواء عدل عنه أو لم يعدل ، وسواء تعلق بحقوق الله تعالى أو بحقوق الادميين "[35].

و إذا عدل المتهم عن اقراره ولم تثبت الجريمة شرعاً بدليل آخرفإن هذا لا يحول دون أن يبحث القاضى عما إذا كان الفعل الذى بدر من المتهم يخضع لوصف قانونى لجريمة تعزيرية نص عليها قانون العقوبات الاتحادى ، وهنا لا يتقيد بالقواعد الخاصة بالاقرار والرجوع فيه ، ولكن يستطيع أن يأخذ بالاقرار (الاعتراف) على الرغم من عدول المتهم عنه استناداً إلى المبادئ العامة للاجراءات الجزائية التى تعطى للقاضى الجزائى سلطة تقديرية واسعة فى الاخذ بالدليل أوتجزئته أو طرحه ، هذا ما أكدته المحكمة الاتحادية العليا حيث قضت بأنه :

"وحيث إن الطاعن اقام طعنه على سبب واحد ينعى به على الحكم المطعون فيه مخالفة الشريعة الاسلامية ، ويقول بياناً لذلك ، ان الزنا يثبت إما بالاقرار أو الشهود ، والرجوع عن الاقرار يسقط الحد وقد أخطأ الحكم إذ أدان الطاعن بجريمة الزنا رغم رجوعه عن اقراره بارتكاب هذه الجريمة
.

وحيث أن هذا النعى مردود ، ذلك أن المقرر فى فقه الشريعة الاسلامية أن الاقرار حجة على المقر ويمكن الرجوع عنه فيما يوجب الحد الذى هو حق لله تعالى وعندئذ يبطل الاقرار لأن الحدود تدرأ بالشبهات ، أما فى جرائم التعزير وما يتعلق بحقوق العباد فمتى صدر الاقرار صحيحاً وطواعية واختيار فلا يقبل الرجوع عنه ، وفى القذف بالزنا لا يلزم تعدد الاقرار لأن الاصرار عليه ليس بشرط لأن اعلان الاقرار فى ذاته يعتبر قذفاً مس حقاً للغير فالرجوع عن هذا الاقرار يكون رجوعاً عن أمر تعلق به حق العبد وحقوق العباد اللازمة لا تقبل الرجوع ممن التزم بها ، و إذا تضمن اقرار المقر أنه زنى بامرأة معينة رامياً اياها بالزنا فانه يؤخذ باقراره الزنا ورجوعه عنه وان كان يسقط حد الزنا إلا أنه لا يمنع معاقبته تعزيراً عما أقر به من الزنا ولمحكمة الموضوع سلطة تقدير الاقرار فى مجال التعزير وان عدل عنه المتهم ولها أن تأخذ به متى اطمأنت إلى سلامته وصدوره عن ارادة حرة

---

(٣٥) عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، الجزء الثانى ، رقم ٤٣٦ وما بعده .

وذلك بما لها من سلطة فهم الواقع وتقدير الأدلة بغير معقب عليها من محكمة النقض " [36] .

و إذا كانت الشريعة تتطلب تكرار الاقرار والاصرار عليه بشأن جريمة الزنا فإن ذلك يرجع إلى أنها جريمة خاصة ودليلها من نوع خاص تتقيد به وحدها دون غيرها من جرائم العرض الاخرى التعزيرية التى تخضع فى اثباتها إلى قواعد الاثبات العامة وفى عقوباتها لنصوص القانون العام [37].

وتشددت الشريعة الاسلامية فى اثبات جرائم الحدود التى تتعلق بحق خالص لله سبحانه وتعالى ، وخلافاً على الأصل العام فى الاثبات فيما يتعلق بالنكول عن اليمين واعتباره دليلاً على ارتكاب الجريمة لا يجوز تحليف المتهم فى الحدود الخالصة لله سبحانه وتعالى كحد الزنا والشرب والسرقة ، وسند ذلك عند أبى حنيفة أن النكول عن حلف اليمين اقرارفيه شبهة والحدود لا تثبت بدليل فيه شبهة [38] .

٢ - الشهادة :

الشهادة من الأدلة التى يعتمدها القانون الوضعى للقول بوقوع الجريمة أو نفيها ، وقد نظم قانون الاجراءات الجزائية الاتحادى القواعد الخاصة باداء الشهادة أمام سلطة التحقيق الابتدائى فى المواد ٨٨ - ٩٥ ، والاجراءات الخاصة بالشهادة أمام قضاء الحكم فى المواد ١٦٥ - ١٨٠ ، ويتمتع القاضى الجزائى بسلطة واسعة فى تقدير الشهادة فيقبلها أو لا يقبلها ، بل أنه يستطيع اعتماد الشهادة ولو كانت

---

(٣٦) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ١٩٩٣/١٢/٢٦ ، الطعن رقم ٧٨ لسنة ١٤ شرعى /جنائى ، غير منشور .

وأنظر كذلك المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ١٩٩٣/١/٣٠م ، الطعن رقم ٤٤ لسنة ١٤ قضائية عليا نقض جزائى شرعى ، غير منشور .

(٣٧) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ١٩٨٩/٣/٨م ، الطعن رقم ١٣١ لسنة ١٠ ق ج ع طلب وقف تنفيذ ، غير منشور ، سابق الاشارة إليه .

(٣٨) الدكتور أحمد فتحى سرور ، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان فى الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ١١٨ .

مجرد رواية عن الغير [٣٩] ، وقد يسمع القاضى الشاهد من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم ، ويجوز له أن يرفض سماع شاهد ، وأخيراً فالقاضى يقدر قيمة الشهادة بعد سماعها فيأخذ بها كدليل أو يطرحها أو أن يأخذ بأقوال بعض الشهود دون البعض الآخر كما له أن يرجح بينها وفق سلطته التقديرية [٤٠]، وقد يأخذ بأقوال شاهد واحد ، ولو كان قد سمعه على سبيل الاستدلال ، كما قد يأخذ بها ولو كانت مخالفة لأقوال شاهد آخر ، وله أن يأخذ بأقوال الشاهد على متهم دون متهم آخر وله أن يجزئ الشهادة ، كما يستطيع أن يأخذ بالشهادة التى أدلى بها شخص فى بعض مراحل الدعوى دون البعض الآخر [٤١]، فإذا رأى أن الشهادة لا تكفى للقول بارتكاب المتهم للجريمة فإنه يستطيع الاستناد إلى الادلة الاخرى التى توافرت لديه لادانته .

أما فيما يتعلق بجرائم الحدود والقصاص والدية فإننا نرى أنه يتعين فى الشهادة كدليل توافر شروط معينة كالعدد مثلاً فى جريمة الزنا حيث أنه من المتفق عليه أن الزنا لا يثبت الابشهادة أربعة شهود وذلك استناداً إلى قوله تعالى "

---

(٣٩) وهذا ما تؤكده المحكمة الاتحادية العليا حيث قضت بأنه " وأما عن استبعاد الحكم لشهادة شاهد الاثبات الثانى التى شهد بها أمام المحكمة لمجرد أنها شهادة سماعية فأمر يجافى صحيح القانون الذى يجيز الاعتداد بها عناصر اثبات الجريمة طالما كانت تمثل الواقع فى الدعوى، الأمر الذى يكون معه الحكم المطعون فيه وقد خالف هذا النظر معيباً بالخطأ فى تطبيق القانون بما يستوجب نقضه "

المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ١٩٨٤/٦/٢٥م ، سبق الاشارة إليه .

وأنظر كذلك نقض مصرى، ١٠ يونية ١٩٧٣، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٢٤ رقم ١٥١ ص ٧٢٩ .

(٤٠) الدكتور محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، رقم ٦٩٧ .

(٤١) الدكتور محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، رقم ٤٩٤ .

واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم[42] وقوله " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة " [43] .

وهناك شروط عامة يتعين توافرها فى الشهود بشأن جريمة الزنا وغيرها من الجرائم التى تعاقب عليها الشريعة الاسلامية وهى :

- البلوغ ، ومع ذلك فإن مالك يرى قبول شهادة الصبيان بعضهم على بعض فى الدماء بشروط خاصة وللضرورة [44] .

- والعقل والعاقل هو من عرف الواجب عقلاً والضرورى وغيره والممكن والممتنع، ولذلك فقد اعتبرت المحكمة الاتحادية العليا الدفع بأن الشهادة غير مقبولة شرعاً للتخلف العقلى من الدفوع الجوهرية [45].

- والحفظ أى القدرة على حفظ الشهادة وفهم ما يراه ولذلك لا تقبل شهادة المغفل ولو كان عدلاً ، وتقبل شهادة من يقع فى الغلط لأننا لسنا من المعصومين من الخطأ .

- ويشترط فى الشهادة الكلام فإذا كان الشاهد أخرس فقد أختلف الفقهاء فى شهادته فيرى مالك مثلاً أنه تقبل شهادته إذا عرفت اشارته [46] .

- ويشترط كذلك الرؤية فإذا كان الشاهد أعمى فقد اختلف الفقهاء بشأنه ويرى المالكيون الاخذ بشهادة الاعمى فى الاقوال مادام فطناً لا تشتبه عليه الاصوات

---

(٤٢) النساء :١٥ .

(٤٣) النور : ٤ .

(٤٤) عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، رقم ٥٢٩ .

(٤٥) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ١٩٩٣/١/٢٧م ، الطعن رقم ٩٧ لسنة ١٤ جزائى ، غير منشور .

(٤٦) عبد القادر عودة ، ٥٣٠ وما بعده .

ويتيقن المشهود له والمشهود عليه أما الشهادة فى المرئيات فلا تقبل .

- ويشترط فى الشاهد كذلك العدالة وذلك لقوله تعالى " وأشهدوا ذوى عدل منكم " ولقوله " إذا جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا " ، ويفسر المالكيون العدالة بأنها المحافظة الدينية على اجتناب الكبائر وتوقى الصغائر ، وأداء الأمانة وحسن المعاملة [٤٧] .

- ومن الشروط العامة فى الشهادة أيضاً الاسلام فلا تقبل شهادة غير المسلم سواء كانت على مسلم أو غير مسلم ، وذلك ما يراه جميع الفقهاء استناداً إلى قوله تعالى " واستشهدوا شهيدين من رجالكم "[٤٨] ، ومع ذلك فقد اختلف الفقه فى شأن بعض الاستثناءات فمثلاً لا يقبل الملكيون والشافعيون شهادة غير المسلمين ويجيز مالك شهادة الطبيب غير المسلم حتى على المسلم للحاجة استثناءاً واحداً فى مذهبه أما بقية الفقهاء فلا يقبلون شهادة غير المسلم [٤٩] .

- وأخيراً يتعين أن تنتفى فى الشاهد موانع الشهادة وهى القرابة ،فلا يقبل مالك شهادة الأبوين لأولادهما ولا شهادة الأولاد لأبويهما ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر ، والعداوة من موانع الشهادة ، فلا يقبل جمهور الفقهاء شهادة العدو على عدوه ، والتهمة فينبغى انتفاء مظنة أن الشاهد يحابى المشهود له بشهادته وقد اختلف الفقهاء فى تطبيق انتفاء التهمة .

ويتضح من الشروط العامة السابقة أن الشريعة الاسلامية وضعت شروطاً عامة قاسية فى الشهادة كدليل للاثبات بما يعد فى رأينا ضمانة أساسية لحقوق المتهم وبحيث يكون قضاء القاضى استناداً إليها هو الأقرب إلى الحقيقة .

---

(٤٧) عبد القادر عودة ، الجزء الثانى ، رقم ٥٣٤ .

(٤٨) سورة البقرة ، ٢٨٢ .

(٤٩) عبد القادر عودة ، رقم ٥٣٥ .

وعلاوة على ماسبق فإنه يتعين توافر شروط خاصة للشهادة فى جريمة الزنا ، وهى الذكورة حيث يشترط جمهور الفقهاء فى شهود الزنا أن يكونوا رجالاً ، ولايقبلون شهادة النساء حيث أن النصوص تتطلب ذلك ولا يقل الشهود عن أربعة ، ويشترط كذلك الاصالة فى الشهادة أى أن يكونوا قد شاهدوا الواقعة بأنفسهم ، وهذا ما يتطلبه أبوحنيفة ، ولا تقبل الشهادة على الشهادة ، ولا يقبل كتاب القاضى إلى القاضى ، والعلة فى ذلك الشبهة ، أما مالك فلا يشترط الاصالة فى الشهود فيجيز الشهادة على الشهادة فى الحدود وفى غير الحدود كما يقبل كتاب القاضى إلى القاضى فى الحدود وفى غير الحدود ، ويشترط مالك أن ينقل عن كل شاهد أصيل شاهدان و يجوز كذلك أن ينقل الشاهدان عن شاهد واحد أوأكثر ويشترط فى الناقلين الا يكون أحدهما شاهداً أصيلاً ، وبشأن الزنا يجوز أن يشهد أربعة على شهادة أربعة أو يشهد كل اثنين على شهادة على شهادة واحد أو اثنين ، أو يشهد ثلاثة على شهادة ثلاثة ويشهد اثنان على شهادة الرابع [50] ، ويجيز مالك أن تجتمع شهادة النقل بشهادة الأصل ويلفق بينهما وذلك بأن يشهد اثنان على سبيل المثال على رؤية الزنا وينقل اثنان عن كل واحد من الاثنين الاخرين .

ويشترط الحنفية إلى جانب الشروط السابقة عدم تقادم الحد أما مالك فلا يعترف بالتقادم ويقبل بالشهادة المتأخرة والاقرار بجريمة قديمة ، ويشترط مالك كذلك أن تكون الشهادة فى مجلس واحد أى بمجلس قضائى واحد وأن يجتمعوا عند بدء الشهادة فإذا أتوا متفرقين وشهدوا الواحد بعد الآخر فلا تقبل شهادتهم ويحدون وإن كثروا ، ويشترط الفقه أن يكون الشهود أربعة وأن يقتنع القاضى بشهادة الشهود[51].

---

(٥٠) عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، رقم ٥٣٧ .

(٥١) عبد القادر عودة، المرجع السابق، وانظر كذلك الدكتور وهبة الزحيلي ، والدكتور رمضان علي السيد الشرنباصي ، العقوبات الشرعية وزسبابها، دار القلم ، دبي ، ١٩٨٧، ص ٥٧ ومابعدها .

وفيما يتعلق بحد الشرب فإنه يشترط في الشهود الشروط العامة المتطلبة وفقاً لأحكام الشريعة الاسلامية ، ويشترط كذلك ألايقل عدد الشهود عن رجلين ويشترط أبوحنيفة وأبويوسف أن تكون الرائحة قائمة وقت الشهادة ، ولا يشترط محمد وجود الرائحة مع الشهادة بالشرب أو السكر ، ويشترط أبو حنيفة عدم التقادم أي مضى الزمن على وقوع الجريمة ، أما مالك فيرى أن الرائحة وحدها تعد دليلاً على الشرب ولولم يشهد أحد برؤية الجانى [٥٢] ، ولذلك ولعدم توافر الشروط المتطلبة لاقامة حد الشرب فقد أيدت المحكمة الاتحادية العليا حكماً صدر ببراءة المتهم من تهمة شرب الخمر حيث أنه رجع عن اقراره ولم تتوافر الشرائط الخاصة بالرائحة والشهود وقالت :

" وحيث اذ اعترف الجانى امام محكمة الدرجة الاولى بشرب الخمر ورجع فى هذا الاعتراف امام محكمة الدرجة الثانية قبل صدور الحكم عليه من طرفها فانه لا وجه لمعاقبته حداً من طرف هذه المحكمة على اساس ذلك الاعتراف المرجوع فيه حتى لا يؤول الامر إلى خرق تلك القاعدة الاصولية السابق الالماع إليها .

كما لا وجه لمعاقبته حداً من طرف هذه المحكمة على اساس شهادة الشهود لان كلا من الشرطيين .... وان شهدا بان المتهم كان فى حالة غير طبيعية فانهما لم يؤكدا بأن تلك الحالة كانت ناجمة بشكل مباشر عن شرب الخمر لاحتمال ان تكون ناجمة ايضاً عن حالة تعاطى المخدر التى ادين من اجلها بالحبس لمدة سنة كما لم يشهد اى منهما برؤية الجانى وهو يشرب الخمر أو أن رائحة الخمر كانت تفوح منه على الرغم انهما قاما بضبطه فور تقديمه من طرف سائق السيارة ..... الذي ابلغ الشرطيين بالواقعة وان ما جاء فى شهادة هذا السائق من كون المتهم كان يحمل معه علبة بيرة وهو يشرب منها حتى اساء إلى نظافة سيارته لا يمكن اتخاذ شهادته شهادة شرعية تصلح وحدها لمعاقبة المتهم حداً لان من شرط شهادة الشهود ان لا يقل عدد الشهود عن رجلين ولان قرينة امتناع المتهم من اعطاء عينة من دمه للتحليل وقرينة كثرة السوابق لا يمكن اعتبارها دليلاً شرعياً فى اثبات جريمة شرب الخمر حتى تطبق من اجلها عقوبة الحد الشرعية لان ادلة الشرب ى ١) الاقرار ٢) والشهادة ٣) والرائحة ٤) والقئ وقد تحدثنا عن كل منها ضمن الحيثيات السابقة .

وحيث إذ كان الامر كذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى القول " بأن الدليل لم يبلغ حد الكفالة للقول بادانة المتهم بجريمة شرب الخمر فانه يكون قد انتهى إلى نتيجة موفقة لتماشيه مع احكام الشريعة الاسلامية وان ترتيب قضاءه بالبراءة على ذلك يعد النتيجة المنطقية الصحيحة لتعذر معاقبته تعذيراً ايضا وفق النصوص العقابية الواردة بقانون العقوبات رقم ٣ لسنة ٨٧ بسبب عدم

---

(٥٢) عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، رقم ٥٨٨ ورقم ٥٩٠ .

وجود نص يعاقب على جريمة شرب الخمر كجريمة مستقلة بذاتها وكذلك حتى وفق القانون المحلى الخاص رقم ٨ لسنة ١٩٧٦ فى شأن المشروبات الكحولية ومعلوم ان القاعدة الشرعية العامة تنص " على ان لا جريمة ولا عقوبة بدون نص " وهو ما أخذت به ايضاً القوانين العقابية ذاتها "[٥٣].

وقضت المحكمة الاتحادية العليا فى حكم سابق على العمل بقانون العقوبات الاتحادى بتأييد حكم قضى بعدم تطبيق الحد لعدم توافر الشروط الشرعية لاقامته فى شأن شرب الخمر استناداً إلى أنه لا يجوز الاستدلال بالرائحة وحدها لاثبات جريمة الشرب دون استكمال البينة الشرعية [٥٤] .

٢ - دور أولياء الدم فى الدعوى الجزائية :

من المستقر عليه شرعاً أن ولى المجنى عليه يعد طرفاً فى الدعوى الجزائية ، وله العفو عن القصاص فى القتل العمد بعد وجوبه ، ولكن لا يعترف له بحق العفو عن الجريمة بصفة عامة لمساس ذلك بأمن المجتمع ، ولذلك كان فى الامكان معاقبة المتهم تعزيراً على الرغم من عفو ولى الدم [٥٥].

ولما كان قانون العقوبات يقرر تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية فى جرائم الحدود والقصاص والدية كان من الطبيعى أن يكون ولى الدم طرفاً فى الدعوى الجزائية الخاصة بجرائم القصاص ، وهذا ما تؤكده المحكمة الاتحادية العليا حيث قضت قبل العمل بقانون الاجراءات الجزائية الاتحادى أن القانون لم يتطلب دعوة ولى الدم للتمسك بالقصاص فى جرائم القتل التعزيرية بما يفهم منه وجوب الدعوة إذا كانت الجريمة من جرائم القصاص فتقول :

---

(٥٣) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ١٦/٥/ ١٩٩٠ ، الطعن رقم ٢٣ لسنة ١٢ ق ع جزائى ، غير منشور .

(٥٤) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ٤/٦/١٩٨٤م ، الطعن رقم ١٦ لسنة ٥ ق ع جزائى ، غير منشور .

(٥٥) الدكتور محمد نعيم فرحات ، شرح القسم الخاص فى التشريع الجنائى الاسلامى ، دراسة تحليلية لأحكام الفقه الاسلامى مقارنة بالقانون الوضعى فقهاً وقضاء ، الحدود الشرعية – الجنايات الموجبة للقصاص ، مكتبة الخدمات الحديثة ، جدة ، ١٩٨٤ ، رقم ١٦٠ .

"حيث أن النيابة العامة تنعى على الحكم الصادر باعدام المتهمين أنه شابه خلل في الاجراءات يترتب عليه البطلان ذلك ان القصاص لا ينزل شرعاً بالجانى الا إذا طالب به أولياء الدم ورفضوا الدية وبالتالى فان حضور أولياء الدم جلسة الحكم كان أمراً جوهرياً إذ يترتب عليه نوعية العقوبة التى توقع على المتهمين ولا يكفى التغاضى عن وجودهم رغبة المحكمة فى الاسراع فى الفصل فى القضية ......قول أصاب نعياً غير سليم ذلك أن الشريعة الاسلامية قد أعطت ولى الأمر فرض عقوبات تعزيرية بالنسبة للجرائم التى يرى فيها ظروفاً خاصة بالنسبة لصالح المجتمع واستقرار أمنه والنيابة العامة هى القوامة على الدعوى العمومية التى تقام على المتهمين دون حاجة لدعوة ولى الدم فى مثل هذه الجرائم التعزيرية ..... وكانت الجريمة المعاقب عليها ....جريمة تعزيرية وضع لها المشرع عقوبة تعزيرية حماية لأمن المجتمع ومن ثم فهى ليست بوصفها جريمة قتل عمد مقترنة بسبق الاصرار تعتبر من جرائم القصاص فى الشريعة الاسلامية وان اتفقت معها فى بعض اركانها وعلى الاخص قصد ازهاق الروح عمداً ، وانها تقع على المجتمع الذى رأى ولى الأمر حمايته له من مثل هذه الجريمة المشددة وكانت النيابة العامة هى التى تمثل المجتمع وتحرك الدعوى العمومية بشأن الجريمة فانه لا مجال للقول بوجوب دعوة ولى الدم حتى يبدى رأيه ويتمسك بالقصاص لعلاقة ذلك بالمجتمع فلا يجوز للنيابة العامة ان تغفل عن حق المجتمع ولا ان تتنازل عن الدعوى بعد اتصالها بالمحكمة اذ لم يتطلب المشرع دعوة اولياء الدم فيما وضعه من نصوص تعاقب على الجرائم بعقوبات تعزيرية "[٥٦].

أما إذا توافرت شروط القصاص شرعاً صار أولياء الدم خصوماً فى الدعوى

---

(٥٦) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ١٩٨٩/٣/٢٩، الطعن رقم ٩٥ لسنة ٩ ق ج ع ، غير منشور.

الجزائية ، وجاز لهم التنازل عن القصاص مقابل الدية [٥٧] ، ولكن هذا لا يمنع المحكمة فى أن تقضى بعقوبة تعزيرية إلى جانب الزام المحكوم عليه بالدية ، وفى هذا تقول المحكمة الاتحادية العليا :

" ذلك أنه من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يجوز الجمع بين الدية والعقوبات التعزيرية المقررة للجرائم الماسة بحياة الانسان وسلامة بدنه وذلك فى الحالات التى يمتنع فيه توقيع عقوبة القصاص وذلك عملاً بالمادة ٣٣١ من قانون العقوبات الاتحادى اذ جاء بالمذكرة الايضاحية لهذا القانون أن حكم النص المذكور يسرى على جميع الحالات التى يمتنع فيها توقيع عقوبة القصاص ، وبذلك يكون المشرع قد أجاز فى هذه الحالات الجمع بين الدية والعقوبة التعزيرية ، وإذ جمع الحكم المطعون فيه بين عقوبة الدية وعقوبة السجن بعد تنازل أولياء الدم عن القصاص فانه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه ، ويغدو النعى على غير أساس " [٥٨].

ولا حاجة لسؤال أولياء الدم عن المطالبة بالدية فى القتل الخطأ حيث أنها عقوبة أصلية وفى هذا تقول المحكمة الاتحادية العليا بأن :

" الدية فى القتل الخطأ تعتبر عقوبة أصلية ولا حاجة لسؤال أولياء المجنى عليه عن المطالبة بها بل أن ذلك مأمور به فى حالة القتل العمد الموجب للقصاص فانه يجب سؤال أولياء الدم عما إذا كانوا يرغبون فى القصاص الذى هو عقوبة أصلية أم يعفون عنه فتكون الدية عقوبة بديلة عن القصاص وآنذاك يمكنهم التنازل عنها أو يطلبون كشرط للتنازل عن القصاص مقداراً زائداً عن مقدار الدية المحددة " [٥٩].

وكان مشروع قانون الاجراءات الجزائية يقرر قواعد خاصة تطبيقاً لأحكام الشريعة

---

(٥٧) محكمة أبو ظبى الشرعية الكبرى ، جلسة ٢١ /٦/١٩٩٢م ، القضية رقم ٦/ ٩١ ، غير منشور .

(٥٨) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ١٦/١٢/١٩٩٢م ، الطعن رقم ٧٧ لسنة ١٤ جزائى شرعى ، غير منشور .

(٥٩) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ٨/٢/١٩٩٢م ، الطعن رقم ٩١/١٢٨ جزائى شرعى ، غير منشور .

الاسلامية فى شأن جرائم القصاص خرج بها على القواعد الوضعية العامة ، والتى تقضى بأن طرفى الدعوى الجنائية هما النيابة العامة والمتهم ، واعتبر أولياء الدم خصومًا فى جميع مراحل التحقيق والمحاكمة و ذلك فى خصوص طلب القصاص أو العفو أو الدية و ما يتفرع على ذلك، و قرر فى شأن كل منهم الاحكام التى تسرى فى شأن الخصوم عامة و بوجه خاص الاحكام التى تسرى فى شأن المدعى بالحقوق المدنية كماقرر لكل منهم حق الطعن فى الاحكام فى المواعيد ووفقًا للاجراءات المقررة (المادة ٣٤٩) ، و مع عدم الاخلال باختصاص النيابة العامة برفع الدعوى الجنائية و مباشرتها دون توقف على طلب أولياء الدم فرض على النيابة العامة ادخالهم بهذه الصفة فى الدعوى الجنائية و قرر لكل منهم ، و لو كان قد رفض قبوله فى التحقيق ، أن يتدخل من تلقاء نفسه فى الدعوى الجنائية أمام المحكمة فى أية حالة كانت عليها الدعوى حتى صدور قرار باقفال باب المرافعة . وفى جميع الاحوال تفصل المحكمة عند النزاع فى قبول أولياء الدم خصومًا بهذه الصفة و ذلك بعد سماع أقوال المتهم (المادة ٣٥٠) .

واعتبرالمشروع المجنى عليه أو من ينوب عنه قانونًا خصمًا فى الدعوى الجنائية فى الدعوى الناشئة عن جريمة من جرائم ما دون النفس المنصوص عليها فى قانون العقوبات فى جميع مراحل التحقيق والمحاكمة فيما يتعلق بطلب القصاص أو العفو أو الدية و ما يتفرع عن ذلك و قرر فى شأنه سريان الاحكام التى تسرى فى شأن الخصوم بصفة عامة وبوجه خاص الاحكام التى تسرى فى شأن المدعى بالحقوق المدنية كما قرر له الحق فى الطعن فى الاحكام فى المواعيد ووفقًا للاجراءات المقررة (المادة ٣٥٥) ، و مع عدم الاخلال باختصاص النيابة العامة برفع الدعوى الجنائية و مباشرتها دو ن توقف على طلب المجنى عليه ، فرض على النيابة العامة ادخال المجنى عليه فى الدعوى الجنائية كما قرر له أن يتدخل من تلقاء نفسه فى أية حالة كانت عليها الدعوى أمام المحكمة حتى صدور القرارباقفال باب المرافعة (

المادة ٣٥٦) .

وقد صدر قانون الاجراءات الجزائية الاتحادى خالياً من تلك النصوص التى وردت بالمشروع فهل يمكن القول أن المشرع قد عدل عن اعطاء دور لولى الدم أو المجنى عليه فى الدعوى الجزائية فى جرائم القصاص ؟ فى حقيقة الأمر فإننى أرى أنه وخلافاً لما ورد بنص المادة السابعة من قانون الاجراءات الجزائية الاتحادى بأن تختص النيابة العامة دون غيرها برفع الدعوى الجزائية ومباشرتها ولا ترفع من غيرها ، وتطبيقاً لماورد بالمادة ١/١ من ذات القانون بأن تطبق أحكام هذا القانون فى شأن الجرائم التعزيرية ، كما تطبق فى شأن الاجراءات المتعلقة بجرائم الحدود والقصاص والدية فيما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الاسلامية فإن ولى الدم يكون طرفاً فى الدعوى الجزائية فى جرائم القصاص والدية ولايتعارض ذلك مع ظهور القانون فى صورته النهائية دون الاشارة لأولياء الدم أو المجنى عليه واختصاصاتهم أثناء نظر الدعوى إذ أن المرجع فى ذلك أحكام الشريعة الاسلامية فيتعين على القاضى الجزائى أن يرجع فى هذا الشأن إليها .

ويؤيد اتجاهنا هذا حكم حديث صدر عن المحكمة الاتحادية العليا قضت فيه ببطلان الحكم المطعون فيه لمخالفته أحكام الشريعة الاسلامية حيث قضت المحكمة بالقصاص دون أن يطلب من له الحق من أولياء الدم تطبيقه واستندت فى ذلك إلى غياب واحد ممن لهم الحق خارج الدولة ، وأضافت المحكمة العليا أنه :

" وحيث يتبين ... أن طلب القصاص لايتجزأ بحيث لا يستجاب لطلب الحكم بالقصاص الا إذا أصر عليه جميع المستحقين له من أولياء أما العفو فإنه يقبل التجزئة بمعنى إذا عفى واحد من أولياء الدم امتنع الحكم بالقصاص ويبقى من حق باقى الأولياء أخذ نصيبهم فى الدية حسب أسهمهم فى تركة المتوفى .... وحيث يظهر من كل ما تقدم أن المحكمة حينما تعجلت بإصدار الحكم بالقصاص دون طلب من وليى الدم معاً بعلة أن أحدهما كان غائباً تكون قد خالفت ما أوجبته قواعد الشريعة الاسلامية ... والتى تهدف لأن يكون القتل قصاصاً لاشفاء غليل ولى الدم باشعاره بأنه هو الذى وصل لأخذ حقه ممن اعتدى على قريبه وذلك مدعاة لغرض شرعى آخر وهو حصول العفو من ولى

الدم بمجرد التمكين من القصاص وإحساسه بسهولته عليه لأنه أحسن بكمال القدرة بحكم الشرع الشريف فإن عفا فعن عزة ومقدرة لا عن ضعف وذلة .... ولا يشفع للمحكمة تعليق تنفيذ حكم القصاص على حضور ولى الدم الغائب وابداء رغبته فى القصاص أو العفو لأنه يجب أن يبدى رأيه قبل أن تصدر المحكمة قضاءها بالقصاص .

وحيث إنه بهذا تكون المحكمة العليا متصلة بالدعوى تطبيقاً للمادة ٣٠ من مواد قانون الاجراءات الجزائية السالفة لتفصل فيه من تلقاء نفسها بإبطال الحكم الصادر بالقصاص لمخالفته لأحكام الشريعة الاسلامية حسبما هو مبين أعلاه الأمر الذى يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه مع الاحالة " [٦٠] .

٣ - حدود الدعوى أمام المحكمة الاستئنافية فى حالة الطعن من المتهم وحده :

من المبادئ القانونية المستقر عليها وضعاً أنه "لا يضار طاعن بطعنه" فإذا استأنف المتهم وحده الحكم الصادر فى الدعوى الجزائية فإن المحكمة الاستئنافية تلتزم بعدم تعديله ضد مصلحة المتهم ، وهذا المبدأ قررته المادة ٢/٢٤١من قانون الاجراءات الجزائية الاتحادى حين نصت على أنه " أما إذا كان الاستئناف مرفوعاً من غير النيابة العامة فليس للمحكمة الا أن تؤيد الحكم أو تعدله لمصلحة رافع الاستئناف "، ويستخلص من ذلك أن استئناف المتهم يطرح على المحكمة الاستئنافية الدعوى فى جميع عناصرها مع الزامها بالا تشدد فى المنطوق العقوبة [٦١]، ويجوز لها أن تعدل فى أسباب الحكم أو فى وصف التهمة دون العقوبة حتى ولو كان الحكم المستأنف قد أخطأ فى تقرير الوقائع أو فى تطبيق القانون [٦٢]، ويطبق هذا المبدأ حتى ولو كان الحكم المستأنف يتضمن خطأ واضحاً كأن قضى بالغرامة على الرغم من أن القانون يقضى بعقوبة الحبس وجوباً [٦٣] .

ومع ذلك فقد خرجت المحكمة الاتحادية العليا على هذه القاعدة الوضعية بحكم

---

(٦٠) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ١٩٩٢/١٢/٥م ، الطعن رقم ١٥٧ لسنة ١٩٩١ شرعى جزائى ، غير منشور ، وأيدت المحكمة الاتحادية العليا حكماً أخر طعن فيه بالنقض لتوافر شروط القصاص ولطلب أولياء الدم ذلك ، أنظر جلسة ١٩٩٣/١/٣٠ ، الطعن رقم ٥٢ لسنة ١٤ ق ع نقض جزائى شرعى ، غير منشور .

(٦١) نقض مصري ، ٢٤ ابريل سنة ١٩٣٣، مجموعة القواعد القانونية ج٣ رقم ١٠٩ ص ١٧٢ .

(٦٢) نقض مصرى ، ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٣ ، مجموعة القواعد القانونية ج ٣ رقم ١٠٩ ص ١٧٢ .

(٦٣) الدكتور محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، رقم ١٢٦٩ .

أصدرته تأييداً لحكم استئنافى قام بتعديل العقوبة التى وردت فى الحكم المستأنف استناداً إلى أن الحكم الاستئنافى قام بتصحيح العقوبة وفقاً لاحكام الشريعة الاسلامية ، وقد كانت العقوبة المقضى بها من محكمة أول درجة هى الجلد مائة جلده فى شأن ارتكاب جريمة زنا من غير المحصن فعدلته المحكمة الاستئنافية إلى الجلد مائة جلدة والحبس سنة استناداً إلى احكام الشريعة الاسلامية و ذلك على الرغم أن المتهم هو الذى طعن وحده فى الحكم الابتدائى [٦٤] .

٤ - انقضاء العقوبة :

نصت المادة ٣١٥ من قانون الاجراءات الجزائية الاتحادى على أنه " فيما عدا جرائم الحدود والقصاص والدية تسقط العقوبة المحكوم بها فى جناية بمضى عشرين سنة ميلادية الاعقوبة الاعدام فانها تسقط بمضى ثلاثين سنة .

وتسقط العقوبة المحكوم بها فى جنحة بمضى خمس سنين وتسقط العقوبة المحكوم بها فى مخالفة بمضى سنتين وتبدأ المدة من وقت صيرورة الحكم نهائياً الا إذا كانت العقوبة محكوماً بها غيابياً من محكمة الجنايات فى جناية فتبدأ المدة من يوم صدور الحكم " .

وانقضاء العقوبة بمضى المدة يعنى مضى فترة من الزمن حددها القانون منذ تاريخ صدور الحكم البات دون اتخاذ اجراء لتنفيذ العقوبة [٦٥] ، وانقضاء العقوبة بمضى المدة يختلف بمفهومه هذا عن انقضاء الدعوى الجزائية بمضى المدة ، والذى يعنى مضى فترة من الزمن حددها القانون من تاريخ ارتكاب الفعل الاجرامى دون اتخاذ أى

---

(٦٤) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى ، جلسة ١٩٩٣/١/٣٠م ، الطعن رقم ٥٧ لسنة ١٤ جزائى شرعى ، غير منشور .

(٦٥) الدكتور أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات ، القسم العام ، ١٩٩١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، رقم ٥٦٧ .

الدكتور محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة السادسة ، ١٩٨٩ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، رقم ١٠١٢ .

اجراء من اجراءات تحريك أوالسير فى الدعوى الجزائية [٦٦]، وقد قرر المشرع الاماراتى انقضاء الدعوى الجزائية بالتقادم حيث نصت المادة ٢٠ من قانون الاجراءات الجزائية الاتحادى على أنه " .... كما تنقضى (الدعوى الجزائية) بمضى عشرين سنة فى مواد الجنايات التى يحكم فيها بالاعدام أو السجن المؤبد وبمضى عشر سنين فى مواد الجنايات الاخرى ، وبمضى ثلاث سنين فى مواد الجنح وسنة فى مواد المخالفات وذلك كله من يوم وقوع الجريمة " .

والآن نطرح السؤال التالى وهو هل تقرر الشريعة الاسلامية قواعد خاصة لانقضاء العقوبة بمضى المدة فى جرائم الحدود والقصاص والدية تتعارض مع الاحكام الوضعية بما أدى إلى أن يقرر المشرع خروجها عن حكم المادة ٣١٥ بقانون الاجراءات الجزائية الاتحادى ؟

إذا رجعنا إلى أحكام الشريعة الاسلامية لوجدنا أن بعض الفقه يشترط لاقامة الحد فى الزنا الايتقادم الحد فيرى الحنفية أنه يشترط لقبول الشهادة الا يكون حادث الزنا قد تقادم حيث أن شهادة الشهود بحد متقادم لا تقبل إلا فى حد القذف ، وترجع التفرقة بين القذف وغيره من الحدود أن الشاهد لا يستطيع أن يتقدم بشهادته فى القذف الا بعد شكوى من المجنى عليه فإذا تأخر الشاهد فى القذف حتى رفع الدعوى فلا تهمة أما بقية الحدود فيجوز للشاهد أن يتقدم بشهادته فى أى وقت دون حاجة لشكوى من المجنى عليه ، ويرى الحنفية أن الشاهد قد خير بين أداء الشهادة لله وبين التستر علي الواقعة اعمالاً لقول رسول الله صلواته وسلامه عليه "من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه فى الآخرة " ، فإذا سكت الشاهد حتى قدم عليه العهد كان ذلك دليلاً على أنه اراد الستر ، فإذا شهد بعد ذلك كانت شهادته دليلاً على الضغينة ، ولا تقبل شهادته للتهمة والضغينة ، وإذا كان

(٦٦) الدكتور محمود نجيب حسنى ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، الطبعة الثانية ، القاهرة، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٨ ، رقم ٢١٢ .

أبو حنيفة يرد الشهادة المتقادمة فإنه يقبل بالاقرار بما سوى الشرب [٦٧].

ويفسر عبد القادر عودة اتجاه الحنفية بأن التقادم وفقاً للحنفية لا يؤثر على الجريمة حيث أنها لا تتقادم ، ولكنه يؤثر على الشهادة أى الدليل بحيث ترد فتؤثر بطريق غير مباشر على الجريمة فلا يعاقب المتهم لانعدام الادلة [٦٨] .

ولم يمنع أبو حنيفة قول الشهادة للتقادم إذا كان التأخر لعذر ظاهر كبعد المسافة عن محل القاضى أو مرضه أو غير ذلك من الموانع الحسية ، ولم يضع أبو حنيفة مدة للتقادم وترك تقدير توافره للقاضى ، ومع ذلك قدره بعض فقهاء المذهب بشهر وقدره البعض الآخر بستة أشهر [٦٩].

أما مالك والشافعى واصحابهما فإنهم لا يعترفون بالتقادم ويقبلون بالشهادة المتأخرة والاقرار بجريمة قديمة ، وانقسم الحنابلة بين رأى أبى حنيفة ورأى المالكية والشافعية [٧٠].

وفيما يتعلق بالتقادم فى شأن حد الشرب يرى أبو حنيفة واصحابه لقبول الشهادة عدم تقادمها مع ربط التقادم بزوال الرائحة فإذا سكت الشهود عن الواقعة حتى زالت الرائحة تقادمت الشهادة وامتنع قبولها ، أما مالك والشافعى واصحابهما فإنهم لا يعترفون بالتقادم كما ذكرنا .

---

(٦٧) عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، رقم ٥٣٧ .

(٦٨) عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ٢ ، ص ٤١٦ .

(٦٩) عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، الدكتور وهبة الزحيلى والدكتور رمضان الشرنباصى، المرجع السابق ص ٥٩ .

(٧٠) الدكتور وهبة الزحيلى والدكتور رمضان الشرنباصى ، المرجع السابق ص ٥٨
عبد القادر عودة ، المرجع السابق .

كما يربط أبو حنيفة وأبو يوسف بين الاقرار والرائحة فإذا ذهبت لم يقبل الاقرار [٧١] .

ونرى أن التقادم وفقاً لم عرضناه من تطبيقات فى الشريعة الاسلامية لا يتعلق بتقادم العقوبة ، ولكنها تطبيقات تتصل بانتفاء الشروط المتطلبة لاقامة الدليل على ارتكاب الجريمة بما يؤدى إلى انقضاء الدعوى الجزائية لعدم كفاية الادلة ، وهو ما يتفق ورأى الاستاذ عبد القادرعودة ،ولذلك فإننا نرى أن مكان استثناء جرائم الحدود والقصاص والدية لا نص المادة ٣٣٥ من قانون الاجراءات الجزائية الخاص بتقادم العقوبة بمضى المدة ولكننا نرى أنه كان من الاجدر وضعه فى النص الخاص باسباب انقضاء الدعوى الجزائية .

خاتمة

استعرضنا فى الصفحات السابقة ، وفى ضوء النصوص القليلة التى وردت بقانونى العقوبات والاجراءات الجزائية أحوال تطبيق الشريعة الاسلامية من الناحية الموضوعية ومن الناحية الاجرائية فى ضوء المبادئ التى قررتها المحكمة الاتحادية العليا .

وعلى الرغم من أن المشرع الاماراتى لم يتناول بالتفصيل جرائم الحدود والقصاص والدية والعقوبات المقررة لها والاجراءات الواجبة الاتباع إلا أن ذلك لم يحل دون قيام المحاكم فى دولة الامارات العربية المتحدة من اضفاء الوصف الصحيح على الوقائع المعروضة عليها وتطبيق أحكام الشريعة الاسلامية أو القانون الوضعى التعزيرى حسب الاحوال ومراقبة صحة الاجراءات التى تمت سواء تمت أمام قضاء التحقيق أو قضاء الحكم .

---

(٧١) عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ٢ ، أرقام ٥٨٨ - ٥٩٠ .

ورأينا أن القاضى الواحد يبحث فى أحكام الشريعة الاسلامية وأحكام القانون الوضعى بسلاسة ويسر تأكيداً أن تطبيق عقوبات الحدود والقصاص والدية أو تطبيق العقوبات التعزيرية ليس سوي تطبيق لأحكام الشريعة الاسلامية حيث تجيزالشريعة لولى الأمر أن يحدد الجرائم والعقوبات التعزيرية المقررة لها .

وتجربة دولة الامارات العربية المتحدة تؤكد ضعف حجج القائلين بالتعارض بين تطبيق الشريعة والقانون معاً وتدحضها ، بل أننا نرى أن مثل هذه التجربة تثرى الثقافتين الشرعية والقانونية معاً ، وتدعم المنادين بتطبيق أحكام الشريعة الاسلامية فى عالمنا العربى والاسلامى .

ومع ذلك فاننى اعتقد أن هذا البحث خطوة قد تفسح المجال لابحاث أخرى فى ذات المجال ، مع التأكيد أن محاولتنا لم تكن سهلة لنخوض فى مثل هذه الدراسة، وخصوصاً لعدم وجود مجموعة رسمية لنشر الاحكام التى أصدرتها المحكمة الاتحادية العليا كما هو شأن المجموعات الرسمية التى تصدر فى بعض الدول العربية عن المكتب الفنى لمحكمة النقض ، وكانت الاحكام التى أشرنا إليهاغير منشورة مما اقتضى منا جهداً كبيراً فى تصنيفها واستخلاص المبادئ القانونية منها ، هذا بالاضافة إلى عدم وجود مراجع شرعية أو قانونية مؤيدة باحكام القضاء بالدولة على الاطلاق .

تعقيب
على الجلسة السابعة
للمستشار فهد ابراهيم السبهان *

اولاً: توصيات خاصة بقانون العقوبات الاتحادي لسنة ١٩٨٧م:

لابد للمشرع الإتحادي وفي سبيل تطبيق المادة الأولى بشكل عملي وجاد من تقنين دقيق لجرائم الحدود والقصاص والدية وهذا سوف يؤتي ثماره من ناحيتين :

الأولى : أنه سيسهل عمل القضاء سواء كانوا أعضاء نيابة أو قضاء مجالس وذلك لكون النصوص القانونية المجرمة في متناول يدهم وسيكفيهم مشقة الرجوع إلى المصادر الشرعية المختلفة.

الثاني : أن هذا التقنين سيضع كافة هذه الجرائم في دائرة مغلقة وواضحة لكافة رجال القضاء وسيوحد كلمة القانون في الوقائع المجرمة التي ينصرف إليها التجريم الوارد في المادة الأولى من قانون العقوبات الإتحادي . وذلك لأن آراء الفقهاء تختلف فيما بينها حول بعض هذه الجرائم، مثال ذلك جريمة القذف، ففي الوقت الذي يطالعنا رأي آخر أن الجلد وضع أساساً للذين يرمون المحصنات وليس للشهود وهذا رأي مطروح وإن لم يكن الغالب وبالتالي لايرتب على الشهود الذين لم يصلوا إلى حد النصاب العددي في أية جريمة حدية.

ثانياً: توصيات خاصة بقانون الإجراءات الجزائية لسنة ١٩٩٢م:

تنص المادة رقم (١) في فقرتها الأولى على : « تُطبق أحكام هذا القانون في شأن الإجراءات المتعلقة بالجرائم التعزيرية، كما تطبق في شأن الإجراءات المتعلقة

---

* رئيس النيابة العامة بدبي

بجرائم الحدود والقصاص والدية فيما لايتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية » .

ويجدر بالمشرع ابتداءً حصر جرائم الحدود والقصاص والدية التي تقتضي إجراءات خاصة ومن ثم النص على هذه الإجراءات حتى يسهل اتباعها لأن قانون الإجراءات يمثل ضمان لكافة الخصوم في القضية الجزائية ولايمكن الإكتفاء بهذا النص التشريعي العائم لضمان تطبيق القانون بالشكل الصحيح والمحقق للشرعية.

***العوائق والعقبات التي تواجهها العقلية القانونية في وطننا العربي وتقف حجر عثرة أمام التواصل التشريعي والاكاديمي والفقهي ونستعرضها في النقاط التالية:**

١ - عدم التواصل القضائي والفقهي والأكاديمي بين الدول العربية بالشكل المحقق للمصلحة المرجوة وبالشكل الذي يخلق عقل قانوني مشترك أو على الأقل متواصل رغم تنافره.

٢ - تنتمي القوانين الوضعية في الوطن العربي لمدارس فقهية مختلفة فبعضها (ابن بار) للمدرسة اللاتينية مثل القانون المصري والقانون الإماراتي وبعضها ابن بار للقانون الأنجلوساكسوني أو لهذه المدرسة مثل القانون الأردني والقانون السوداني ، ولهذا تأثير بالغ على النظريات التي يعتنقها كل قانون مما يباعد فيما بينها في الحقيقة.

٣ - شح الموارد المالية لبعض الدول العربية ومعاناتها المادية تنعكس سلباً على العملية التعليمية مما يؤدي لتخريج أو لتفريخ طلاب لم يستفيدوا من وسائل التعليم الحديثة المتاحة والتي تعتبر مكلفة لهذه الدول.

٤ - تنافر السياسات بين الأنظمة العربية والتقلبات التي يعيشها الوطن العربي ، تخلق حاجزاً قوياً ضد هذا التواصل.

أهم الملامح المحققة لصياغة فقهية موحدة في وطننا العربي:

١ - لابد من القضاء على أسلوب الدراسة القديم خاصة الجانب الشرعية منه وتخليصه من أسلوب الصياغة الممل في كثير من جوانبه.

٢ - لابد من الإنفتاح الفكري على أساليب العلم الحديث والمتبع في مختلف الجامعات المتقدمة للوقوف على هذه الأساليب المتطورة لمحاولة نقل هذه التجربة إلى وطننا العربي.

٣ - لابد من تكثيف التلاحم والتواصل بين العقليات العربية المتخصصة في جانب التشريع الجنائي والوضعي وذلك من خلال الندوات والمحاضرات واللقاءات المتكررة ولعل تجمع مثل هذا بادرة طيبة واتجاه محمود في هذا المضمار.

٤ - لابد من خلق فكر قانوني يقوم على أساس متين لايتأثر في تواصله العلمي بالتوجهات السياسية القائمة بين الأنظمة العربية.

٥ - لابد من الإعتماد على الكيف العلمي بعيداً عن الكم لخلق عقلية متفتحة ومتفاعلة بعيداً عن الحشو المؤدي لخلق عقلية بغبغائية تردد ماتسمع ولا تتفاعل معها.

٦ - لابد أن تلعب جامعة الدول العربية دوراً فعالاً لتقارب التشريعات القانونية باعتبارها بيت العرب الكبير.

٧ - لابد من تأمين الحياة الكريمة لرموز المعرفة القانونية والشرعية في وطننا العربي والإسلامي وتأمين ابداءهم لآرائهم بحرية كاملة سواء كانوا على قوس العدالة أو على منصة التعليم.

٨ - لابد من توجه حقيقي تدعمه الأنظمة العربية وبالتنسيق مع جامعة الدول العربية والمؤتمر الإسلامي لخلق توجه حقيقي نحو تطبيق الشريعة الإسلامية واعتبارها المصدر الوحيد للتشريع.

الجلسة الثامنة

تطوير الدراسة في مجال المعاملات

رئيس الجلسة : سعادة الأستاذ محمد نخيرة الظاهري
النائب العام لدولة الإمارات العربية المتحدة

المتحدثون : أ.د. محمد وحيد الدين سوار
أستاذ القانون المدني بجامعة عمان الأهلية

أ.د. حسام كامل الدين الأهواني
أستاذ القانون المدني بجامعة عين شمس

المعقب : أ.د. مصطفى محمد الجمال
عميد كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات



تقييم الدراسات الفقهية في مجال الموازنة بين الفقه الاسلامي والنظم المعاصرة بصفة عامة

للأستاذ الدكتور محمد وحيد الدين سوار *

يطيب لي ، بادىء ذي بدء ، أن أوجِّه وافر الشكر إلى السادة القائمين على تنظيم الندون بعنوان " نحو ثقافة شرعية قانونية موحدة " ، لما تنطوي عليه من جليل الإهتمام بتراثنا الفقهي ، ذاك الإهتمام الذي جاءت بوادره منذ عام ١٩٧٤ عن طريق اتحاد الجامعات العربية ، حين عُقدت ندوتان إحداهما في بيروت والأخرى في بغداد جمعتا شمل رجال الشريعة والقانون في الجامعات العربية ، وتمخض عنها توصيات بالغة الأثر بالاهتمام بالفقه الاسلامي .

وقد كان مما جاء في توصية ندوة عمداء كليات الحقوق والقانون والشريعة في الجامعات العربية المنعقدة في جامعة بغداد في شهر آذار (١٤ - ٢٠) لعام ١٩٧٤ الدعوة إلى الاهتمام بالدراسات الموازنة (١) سواء بين القوانين العربية أو بينها وبين الفقه الاسلامي ، باعتبارها من أهم أسس التوحيد القانوني

----

(١) آثارنا استعمال مصطلح" الموازنة " بدلاً من " المقارنة " اعتباراً بأنه أدق في الدلالة جاء في لسان العرب " وازنتفي الشيء موازنة ووزانا " ويقال " وزن الشيء إذا قدره " وهذه المعاني تشفع لاطلاق مصطلح " القانون الموازن " على ما اصطلح تسميته بـ" القانون المقارن " ، وذلك لأن لفظة " قارن " تقصر عن الوفاء بالمقصود . جاء في لسان العرب " قارن الشيء بالشيء مقارنة وقراناً اقترن به وصاحبه " جاء أيضاً " قرنت الشيء بالشيء وصلته " والقرين المصاحب . فليس في لفظة المقارنة ما يصلح للدلالة على معنى إجراء الموازنة بين القوانين لتبيان مابينها من خلاف ووفاق. هذا إلى أن كتب الأدب العربي قد جرت على استعمال عبارة الموازنة (من ذلك كتاب الموزنة بين الطائيين أبي تمام والبحتري) .

----

* أستاذ القانون المدني بجامعة عمان الأهلية .

في البلاد العربيــة .(١)

ويلاحظ أن الباحثين في الفقه الإسلامي لم ينعقد إجماعهم على ضرورة الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المعاصر : وهم بين متطرّف يرفض أصلاً هذه الموازنة ، وبين مقْتصد يقبلها الشروط مُسبقة ، وبين متسامح يرتضي الموازنة فيما وراء النصوص .

ويرى الفريق الأول أن لا مجال للموازنة بين تشريع سماوي وضعه رب العالمين ، وبين تشريع وضعي(٢) . ولم يجتزىء هذا الفريق بالإعراض عن الموازنة المبحوث فيها ، بل ذهب إلى أبعد من ذلك حين عّد الإقدام عليها ضرباً من النيل من الفقه الإسلامي .

و يرى الفريق الثاني أن لا تثريب على الباحث في الموازنة بشرط أن يثبت أن الفقــه الإسلامي متقّدم على القانون المعاصر (٣) .

----

(١) جاء في مقدمة توصيات الندوة الأولى المنعقدة في الجامعة العربية في بيروت عام ١٩٧٤ " مرت البلادالعربية بحقبة من الزمن كانت ترزح خلالها تحت نير الاستعمار ، نخضعت لقوانين متباينة فرضتها القوى الاستعمارية . وبذلك اختلفت الثقافة القانونية من قطر عربي إلى قطر آخر . وما أن حصلت هذه البلاد على استقلالها حتى اتجهت إلى إعادة النظر في قوانينها بغيةالوصول إلى صياغة ومضمون جديدين يحملان الطابع _القومي، ويواجهان التقدم الحضاري الحديث، وقد صاحب هذا الاتجاه تيار ينادي بتوحيد القوانين فــي البلاد العربيــة على هدى من تراثنا القومي الذي يتمثل في الشريعة الاسلامية ، مع الإفادة مما هو صالح من القوانين الأجنبية(مجلة اتحاد الجامعات العربية العدد ٦ أيلول (سبتمر) ١٩٧٤ ص ٥٩) " . كان هذا عام١٩٧٤ أي قبل صدور المدونات المدنية العربية على أساس من الفقه الإسلامي في كل من الأردن (عام ١٩٧٦) والسودان (عام ١٩٨٤) والإمارات (عام ١٩٨٥).

(٢) محمد نعيم ياسين ، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية منشورات وزارة الأوقاف الأردنية ، عّمان ١٩٧٣ .

(٣) ويقول د. محمد زحيلي في هذا الصدد :" إن التشريع الوضعي وضعه جماعة من الناس بحسب ماتمليه عليهم عقولهم وتجارب من سلفهم متأثرين بالعواطف والميول والنزعات القومية والوطنية والطائفية والطبقية والظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدولية والمحلية . وهي أمور تحتمل الصواب والخطأ ، وتقبل التغيير والتبديل وتخضع للمؤثرات. وكثيراً ما يضل العقل أو يخطىء أو يزيغ أو ينحرف أو يتأثر باتجاه معين أو فكر خاص.=

ويطلق بعض المستشرقين على هذين الفريقين تسمية " المداحين " .

ويفسح الفريق الثالث المجال رحيباً أمام الموازنة فيما وراء النصوص . ويجد هذا الاتجاه سنداً له في قول أبي حنيفة المشهور :" علمنا هذا رأي فمن جاءنا بأحسن منه قبلناه " وقوله الآخر " آخذ بكتاب الله إذا وجدت فيه الحكم ، وإلا فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن لم أجد في كتاب الله ولاسنة رسول الله، أخذت بقول أصحابه ، آخذ بقول من شئت منهم ، وأدع من شئت ، ولا أخرج من قولهم إلى قول غيرهم. فأما إذا انتهى الأمر إلى إبراهيم والشعبي والحسن وابن سيرين وعطاء وسعيد بن المسيّب فإني أجتهد كما اجتهدوا، فهم رجال ونحن رجال (١) .

كما يجد سنداً له في قول إبن قيم الجوزية رحمه الله :" إن الله سبحانه وتعالى أرسل رسله ، وأنزل كتبه ، ليقوم الناس بالقسط ، وهو العدل الذي قامت به الأرض والسماوات ، فإن ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق ، فثمَّ شرع الله ودينه ، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طريق العدل وإماراته وإعلامه بشيء ، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة ، وأبين إمارة ، فلا يجعله منها ، ولا يحكم عند وجودها وقيامها ، بموجبها " كما يجد سنداً له في قول ابن تيمية رحمه الله :" إن الله يقيم الدولة العادلة ، ولو كانت كافرة ، ولا يقيم الدولة الظالمة ، ولو كانت مسلمة".

= فإن تبدلت المؤثرات أصبح القانون خطأ في ذاته ، وعبئاً على غيره ، وعرضة للتعديل والتغيير باستمرار . ولذا فإن المقارنة بين الشريعة والقانون لا تصح إلا على سبيل التنزل (محمد زحيلي ، القانون المدني السوري المقارن بالفقه الاسلامي ، العقود المسماة ، دمشق ، ١٩٨٣ ، ص ٥)".

(١) كما في انتقال الملكية بالعقد في بيع الشيء المعين بالذات ، والاعتداد بالباعث على التعاقد وإقرار النيابة (ر : رسالتنا " التعبير عن الإرادة في الفقه الاسلامي في دراسة موازنة بالفقه الغربي" ف ٦١١ حتى ٦١٣ و ص ٥٨٨ حتى ٥٩٥ وكتابينا " الشكل في الفقه الإسلامي دراسة موازنة بالمدونات العربية الرياض ١٩٨٥ والنزعة الجماعية في الفقه الاسلامي وأثرها في حق الملكية " الجزائر ١٩٨٠ .

والذي يبدو لي أن هذا المسلك المرن هو الأقوم ، إذ يتعين على الباحث في الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المعاصر أن يبدأ بحثه بدون شروط مسبقة . وعلى نحو موضوعي. وهذا المسلك هو الذي سلكته شخصياً في أبحاثي الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المعاصر. وقد أبرزت فيها العديد من المواقف التي سجّل فيها الفقه الإسلامي تقدما على القانون المعاصر. (١)

وعلى هذا المسلك جرىء أستاذنا المرحوم السنهوري في كتابه مصادر الحق (ج ١ ، ص ٦) حين رسم لنفسه طريقة بحث علمية صحيحة ، موضوعية ، بعيدة عن دمج القانون بالشريعة ، أو إن شئت قلت " حرق المسافات بينهما " إذ يقول " لن يكون همنا في هذا البحث إخفاء ما بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي من فروق في الصنعة والأسلوب والتصوير ، بل على النقيض من ذلك ستعنى بإبراز هذه الفروق حتى يحتفظ الفقه الإسلامي بطابعه الخاص . ولن نحاول أن نصطنع التقريب ما بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي على أسس موهومة أو خاطئة. فإن الفقه الإسلامي نظام قانوني عظيم ، له صنعة يستقل بها ، ويتميز على سائر النظم القانونية في صياغته . وتقتضي الدقة والأمانة العلمية علينا أن تحتفظ لهذا الفقه الجليل بمقوماته وطابعه . ونحن في هذا أشد حرصاً من بعض الفقهاء المحدثين، فيما يؤنس فيهم من ميل إلى تقريب الفقه الإسلامي من الفقه الغربي . ولا يعنينا أن يكون الفقه الإسلامي قريباً من الفقه الغربي . فإن هذا لا يكسب الفقه الإسلامي قوة ، بل لعله يبتعد به عن جانب الجده والابداع ، وهو جانب للفقه الإسلامي منه حظ عظيم " (٢) .

---

(١) الخطيب البغدادي تاريخ بغداد ، ج ١٣ ، ص ٣٦٨٨ ، عبد البر ، الانتقاء ، ص ١٤٣ ، محمد أبو زهرة ، أبو حنيفة (ص ١٠٦)

(٢) د. عبد الرازق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي (ج١ ، ص ٦).

نحو تطوير الدراسة المعاصرة للفقه الإسلامي

للأستاذ الدكتور حسام الدين كامل الأهواني *

مقدمة :

١ - للفقه الإسلامي مكان ممتاز بين النظم القانونية العالمية . فهو لايقل في قوة السبك وحسن الصياغة وسمو المنطق ودقة التحليل عن الفقه الروماني ولا عن الفقه الانجليزي وهو فوق ذلك التراث القانوني للشرق العربي ، صاغته عقول أجدادنا وترعرع في بيئتنا العربية وظل دهوراً طويلة القانون الذي نطبقه في معاملاتنا (من المذكرة الإيضاحية لمشروع إنشاء معهد الفقه الإسلامي المقارن والصادرة من مجلس جامعة الدول العربية في ٢٦من نوفمبر ١٩٤٦ منشورة في مقال محمد زكي عبدالبر بعنوان أستاذنا السنهوري والشريعة الاسلامية، الفقه الإسلامي المقارن ، مجلة هيئة قضايا الدولة ١٩٨٩ ص ١٤٨) .

وتوضح المذكرة أنه « ولقد كان السلف الصالح من كبار الفقهاء المجتهدين من اليقظة والبصر بالأمور إلي الحد الذي جعل الفقه في أيديهم يتطور حتى يساير الظروف المتطورة . وحتى يجاري تغاير العصور ، ويتمشى مع الحاجات المتجددة حتى شاء الله أن تقف حركة الإجتهاد . ولم يكن في وقوف هذه الحركة في العصور الغابرة من بأس . بل لعل الخير في هذا الوقوف بعد أن استكمل الفقه من المقومات ما جعله صالحاً للتطبيق في عصور لاحقة لم تبعد كثيراً عن العصور التي سبقتها، ولم تكن الظروف قد لحقها من التغيير ماينقلب معه الفقه بعيداً عن زمنه. لذلك كان إقفال باب الإجتهاد ينطوي علي حكمة لم يكن من العسير فهمها، إذ

---

*أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق جامعة عين شمس .

وضع حداً لتضارب الأقوال وتغاير المذاهب وتشتت الآراء . وكان على الفقه بعد ذلك أن يستكمل حظه من الاستقرار بعد أن استوفى نصيبه من التطور .

ولكن هذه الحالة لم تبعد إلا إلى حين ، إذ لم يلبث الزمن أن دار دورته وتابع السير إلى الأمام . هذا والفقه الإسلامي واقف والعالم يمشي ، جامد والحضارة تتطور. ثم لم تلبث مسافة الخلف أن انفرجت بين الفقه والحاجات المتجددة حتى أصبح من العسير على الأمم العربية في العصر الحاضر أن تستبقي الفقه مادة تستقي منها قوانينها الحديثة. وقد أخذت هذه الأمم تهجر الفقه الإسلامي فعلاً ، واحدة بعد الأخرى ولجأت إلي القوانين الغربية الحية تستقي منها قوانينها حتي تماشى مدنية العصر ولا تتخلف عن ركب الحضارة .

٢ - ويحذر السنهوري من الخلط بين الفقه والدين ، « حيث يظن كثيرون أن الفقه والدين شيء واحد في الإسلام . وهذا الظن يدعو إلي انعام النظر . لاشك في أن الإسلام دين ودولة . والدولة لابد لها من فقه ولكن فقهاء الشريعة الاسلامية كانوا يدركون إدراكاً تاماً الحد الفاصل بين الفقه وقد وضع لتعامل الناس وتنظيم علاقاتهم ببعضهم البعض، والدين وهو أمر يتصل بعلاقة الانسان بربه، حتى لتراهم يميزون في الشيء أن يكون صحيحاً قضاء مكروهاً ديانة» (السنهوري: القانون المدني العربي. مجلة القضاء العراقية ، سنة ١٩٦٢ ص ٢٦. ولقد نشرت هذه المقالة كذلك في مجموعة مقالات وأبحاث الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري . عدد خاص من مجلة القانون والاقتصاد التي تصدرها كلية الحقوق جامعة القاهرة سنة ١٩٩٢ جـ٢ص ٤٨٧ إلى ٥١٠).

ويضيف أن « الفقه الاسلامي هو فقه محض ، لا تقل عراقته في ذلك عن عراقة القانون الروماني . وهو لايقل عنه في دقة المنطق وفي متانة الصياغة وفي

القابلية للتطور . وهو مثله صالح أن يكون قانوناً عالمياً بل كان بالفعل قانوناً عالمياً يوم امتدت دولة الاسلام من أقاصي البلاد الآسيوية إلى ضفاف المحيط الأطلسي وكما أنبت القانون الروماني عندما أحييت دراسته في العصور الوسطى ، القوانين اللاتينية والقوانين الجرمانية الحديثة وهي القوانين التي تعيش أوربا اليوم في ظلها ، كذلك الفقه الإسلامي إذا أحييت دراسته وانفتح فيه باب الاجتهاد قمين أن ينبت قانوناً حديثاً لايقل في الجدة وفي مسايرة العصر عن القوانين اللاتينية والجرمانية ، ويكون هذا القانون مشتقاً من الفقه الإسلامي اشتقاق هذه القوانين الحديثة من القانون الروماني العتيق » (عبدالرزاق السنهوري : القانون المدني العربي . مجلة القضاء العراقية سنة ١٩٦٢ ص ٢٥ - ٢٦) .

٣ - ويقع على عاتق الفقه المعاصر أمانة التحديث والنهوض بالفقه الاسلامي، ويقع على عاتق الفقه المعاصر أن يحفظ صلة الحاضر بالماضي ، ويجعل من تلك الصلة أساساً يقوم عليه المستقبل . فلا نكون عالة على فقه الغرب ، ولا نترك تراثنا دون تحديث . فالدراسة المقارنة مع الفقه الغربي تطلعنا على مالدى الغرب من أفكار ونتعرف إلى أي مدى وصل تقدمه . وتقع تلك الأمانة بالدرجة الأولي على عاتق كليات الحقوق حيث تجمع بين الدراسة القانونية والدراسة الشرعية ومن ثم يملك أساتذتها ناصية الثقافة القانونية الغربية ، والثقافة القانونية الإسلامية .

٤ - ونؤكد بادىء ذي بدىء أن الثقافة الشرعية لاتتصارع مع الثقافة القانونية الغربية ، « لأن كل منهما حلقة تكمل الأخرى في سلسلة من التطور لابد من أن يسير إلى غايته » ، فينتهي إلى قانون مستمد من الشريعة الاسلامية . (السنهوري . القانون المدني العربي ص ١١) فالتصارع لا يكون إلا حيث لايكون الخيار قد تم . وأحسب أنه لاخلاف في أن الخيار الشرعي هو الغاية

المرجوة. وفي خلال فترة التطور يكون البحث من أجل التوصل إلى أفضل الحلول وأنسبها مطابقة للواقع المعاصر .

ويقول السنهوري أن « الغاية من دراسة الفقه الإسلامي « هي أن تنتهي هذه الدراسة بعد عشرات من السنين إلى أن يتجدد شباب هذا الفقه ، وتدب فيه عوامل التطور فيعود كما كان فقهاً صالحاً للتطبيق المباشر ، مسايراً لروح العصر وتكون نهضة الفقه الإسلامي هذه شبيهة بنهضة الفقه الروماني في العصور الوسطى. وينبت الفقه الإسلامي قانوناً مدنياً متطوراً يجاري المدنية الحديثة . وينبثق هذا القانون الحديث من الشريعة الاسلامية كما انبثقت الشرائع اللاتينية والشرائع الجرمانية من الفقه الروماني » (القانون المدني العربي ص ٢٨).

٥ - ونرى أن دور كليات الحقوق في التطوير والتحديث لايمكن أن يقوم إلا بانهاء الانفصال بين تدريس المواد القانونية والمواد الشرعية ، خصوصاً في الدول التي قطعت شوطاً في تقنين الفقه الإسلامي .

فالانفصال يؤدي من جهة إلي التكرار ، ومن جهة أخرى إلى الحيلولة دون المزج والتقارب لأن المقارنة هي المدخل إلى التقارب وحسن الفهم. ومن جهة ثالثة ، لايؤدي إلى تخريج من يعلم أصول القانون وأصول الشريعة وإنما يضحى الخريج ملماً ببعض الموضوعات التفصيلية والمتناثرة في الثقافتين ، مما لا يؤهله بالقدر الكافي للاسهام في بناء القانون الاسلامي المعاصر والمنشود . ومن جهة رابعة ، لوحظ ضعف إلمام الخريج بكل من الشريعة والقانون ، ذلك على خلاف الهدف المنشود وهو تنشئة جيل علي علم بالاثنين منهياً فترة الانفصال بين دراسة الشريعة والقانون .

فالهدف من إنشاء كليات للشريعة والقانون ، كما اقترح السنهوري ، هو

إيجاد بيئة مختلطة من المتخصصين في كل من الشريعة والقانون . وهذا المزج من شأنه أن يولد نتاجاً فقهياً علمياً متطوراً . ولا يتحقق ذلك إلا بالدراسة المقارنة بين الشريعة والقانون، فلا يجب أن يدرس الفقه الاسلامي غير مقارن بأي شريعة أخرى، ولا أن يدرس القانون غير مقارن بالفقه الإسلامي .

٦ - وفي سبيل رسم أسلوب الدراسة المرجو ، يجب أن نتعرف على المرحلة التي توجد في إطارها التشريعات المعاصرة من حيث مدى تقنينها للفقه الاسلامي .

وفي سبيل الوصول إلى وضع قوانين تشتق رأساً من الشريعة الإسلامية ، يرى الفقه ، أي ذلك لايتأتى إلا باجتياز مرحلتين تسبقان الوصول إلى الهدف المنشود . (السنهوري : القانون المدني العربي . مجلة القضاء العراقية ١٩٦٢ ومابعدها) .

المرحلة الأولى: هي استخلاص ماوصلت إليه الثقافة المدنية الغربية في آخر تطوراتها إلى العصر الذي نعيش فيه ، وهذا ماتحقق إلى حد كبير بوضع القانون المدني المصري . ولكن لابد من متابعة تلك الدراسة لأن تطورات جوهرية طرأت على الحياة وبالتالي على القوانين في خلال الـ ٤٠ سنة الماضية . ويكفي لبيان ذلك أن القانون المدني الفرنسي أدخلت عليه تعديلات تشريعية منذ سنة ١٩٦٥ وحتى الآن تزيد بكثير عما أدخل عليه من تعديلات منذ وضعه في سنة ١٨٠٥ وحتى سنة ١٩٦٥. وكما لايجب إغفال ماأدخله القضاء من مبادىء في العديد من المناحي والأمور. فلا يصح أن نقف عند ما وصل إليه القانون المدني المصري بل لابد من متابعة المسيرة .

المرحلة الثانية: هي وضع هذه الثقافة الغربية إلى جانب الفقه الاسلامي ، وهذا مابدء في تحقيقه بوضع القانون المدني العراقي .

وأعتقد أن القانون المدني الأردني والقوانين التي نسجت على منواله مازالت تدخل في إطار تلك المرحلة، وإن كانت قد خطت خطوة عن القانون المدني العراقي .

فبالرغم من أن كل من المشرع الأردني والإماراتي قد اتجهت نيته إلى إصدار قانون متكامل مستمد معظم أحكامه من الشريعة الإسلامية ، إلا أنهما مازالا في إطار تلك المرحلة الثانية ، لأن المرحلة الثالثة والمرجوة تتمثل في وجود نهضة علمية قوية لدراسة الفقه الاسلامي في ضوء القوانين الغربية تكون المقدمة للتوصل إلى قانون إسلامي حق .

فالمرحلة الثالثة لاتتمثل في مجرد المزج بين الثقافتين . وإنما تتوافر المرحلة الثالثة من وجود دراسات فقهية متطورة تؤدي إلى وجود نتاج فقهي متكامل يقوم على استيعاب كامل للفقه الاسلامي في ضوء التطور الذي مرت به البشرية منذ قفل باب الاجتهاد بحيث تحتوي في نسيجه الحلول التي ترد في الثقافة الغربية لمواجهة متطلبات التغير وتتشكل وفق مبادئه وأسلوبه الفني وصياغته وفي سبيل الوصول إلى هذا الهدف فان كليات الشريعة والقانون مطالبة أكثر من غيرها بوضع أسس تلك الدراسات (١) .

٧ - وأعتقد أن تطوير الدراسة في كليات الحقوق في مجال العلاقة بين الشريعة والقانون يجب أن يتم على عدة محاور يجمعها اتساع آفاق الدراسة وفتح الباب أمام توفير مفاتيح البحث العلمي المقارن .

----

(١) ويرى بعض الفقه أن القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ قد اقتبست أكثر أحكامه من القوانين اللاتينية الجرمانية مع مراعاة كثير من مبادىء الشريعة الإسلامية وأحكامها (عبدالسلام الترمانيني : القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة ص ٦١ الطبعة الثانية . الكويت ١٩٨٢) .

والمحور الأول يتمثل في تعبيد الطريق أمام تأهيل الطالب [illegible] على الدراسة والبحث في الفقه الإسلامي وعدم الإكتفاء بتلقينه أ[illegible] في موضوعات متفرقة ٠

والمحور الثاني الاهتمام بالتطبيقات المعاصرة لأحكم الفقه [illegible] التي قننت أو التي أوجب المشرع تطبيقها ٠

والمحور الثالث ، ضرورة الاهتمام بالدراسة المقارنة لقوانين البلا[illegible] التي قننت الشريعة الاسلامية ٠

والمحور الرابع هو مقارنة الفقه الاسلامي بالقوانين الغربية الحديثة

وندرس بالتفصيل فيما يلي كل محور من هذه المحاور ٠

المطلب الأول

التوسع في تدريس مناهج البحث في الفقه الإسلامي

٨ - يقوم التدريس في كليات الحقوق علي تلقين الدارس أحكام الفقه في موضوعات معينة كالعقد أو الأحوال الشخصية أو المواريث وهكذا يتعرف الطالب على الموضوع بتفصيلاته ، ولكن لايحظى بنفس القدر من الاهتمام تعريف الدارس بمنهج لبحث في الفقه لإسلامي ٠ ونقصد بمنهج البحث أن يتعرف الباحث علي كيفية استخراج الأحكام من كتب التراث عامة بحيث يمكنه بعد ذلك أن يبحث بنفسه في هذه الكتب ويستخرج حكم ما يعن له من مسائل ، وكذلك كيفية تفسير القواعد ٠ فليس كل من يعرف اللغة العربية ويقرأ كتب مراجع الفقه الاسلامي يمكنه ادعاء العلم بالفقه أو القدرة على استخراج الأحكام وتأويلها ٠ فلكل نظام قانوني أصوله وفنونه ٠

ومعرفة طريقة البحث في أي نظام قانوني يكون من خلال التعرف على البنيان القانوني له ، ومعرفة أصول الفقه عامة . ونلقي الضوء فيما يلي على مانراه في هاتين النقطتين .

أولاً : ٩ - يجب أن نبدأ بتحديد هياكل أو تقسيمات الفقه الاسلامي بدءاً بمعرفة مايدخل في العبادات ومايعتبر من المعاملات ثم الموضوعات التي تدخل في المعاملات . وهو مايقابل تقسيم القانون وفروعه في الفقه الغربي . فلكل نظام قانوني بنيانه وهيكله ، وهذا لم يدرس تفصيلاً في كليات الحقوق بالنسبة للفقه الإسلامي. والمطلوب هو معرفة تلك التقسيمات أو بنيان القانون الاسلامي على حد تعبير السنهوري باعتبار أن ذلك هو السبيل الأولى أو المبدئي للتعرف على أي نظام قانوني . فمن أهم مايميز النظم القانونية عن بعضها البعض البنيان القانوني لكل نظام . فلكل نظام أفكاره التي بمعاونتها يتم التعبير عن القواعد ، وتقسيماته التي تنتظم في داخلها قواعده، وأسلوبه في كيفية صياغة وتصور القواعد القانونية. ودراسة أي نظام قانوني تستوجب ضرورة أن يؤخذ في الاعتبار بنيانه من خلال هذه الزوايا الثلاثة السابق بيانها.

ثانياً : ١٠ - كما يجب الاهتمام بالتعريف بمراجع الفقه الاسلامي في المذاهب المختلفة فلا يجب أن نغفل أن الفقه الاسلامي أصبح مصدراً رسمياً للقانون . فطبقاً للمادة الأولى من قانون المعاملات الاماراتي إذا لم يجد القاضي نصاً في القانون حكم بمقتضى الشريعة الاسلامية على أن يراعي تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فإذا لم يجد فمن المذاهب المعتمدة الأخرى حسبما تقتضيه المصلحة . ومفاد ذلك أن الذي يطبق هو مذهب من مذاهب الفقه الاسلامي أي أن الفقه يكون ملزماً باعتباره مصدراً رسمياً للقانون .

فهذا يفرض علينا ضرورة التعريف بمصادر كل فقه والمراجع الأساسية المعتمدة في كل مذهب ، وكيفية معرفة أرجح الأقوال في المذهب في المسائل المختلفة ، وتحديد الحجة من فقهاء كل مذهب ·

ولما كان نص قانون المعاملات لايجعل من مذهب واحد مصدراً للقانون بل أنسب الحلول من مذهبين ، فإنه يجب الاهتمام بتدريس قواعد وأصول المقارنة بين مذاهب الفقه الاسلامي · كما يجب بيان ظروف ظهور كل اتجاه حتى يساعد ذلك في استخلاص أنسب الحلول سواء للعصر أو لنصوص القانون ·

١١ - ويقع على عاتق الفقه المعاصر من المتخصصين في الشريعة الاسلامية ، عدم الاكتفاء بعرض مذهب فقهي معين ، وإنما يجب عليهم البحث عن الحلول لما يستجد من مشاكل دون التقيد برأي مذهب بعينه حتى نضع أمام المشرع والباحث أفضل الحلول ملاءمة للعصر وأكثرها تحقيقاً للصالح العام · وهذا يستلزم إجراء دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية المختلفة في جزئية معينة وبيان الظروف الاجتماعية المحيطة التي دفعت إلى ظهور رأي معين ، وكذلك الأسباب التي دعت إلى ظهور رأي آخر ومبرراته · ففي مجال المفقود مثلاً نجد أن المذهب الحنفي لايعتبر المفقود ميتاً إلا بوفاة أقرانه · ويجب بيان ظروف ظهور ذلك الرأي وأسبابه والعمل على الأخذ بالأحوط تفادياً لمشاكل ظهور المفقود حياً ، أما الحنابلة فقد اكتفوا بمدة أربع سنوات للحكم بوفاة المفقود ، وهذا يحتاج لبيان لماذا انقضت المدة إلى هذا الحد وهل هناك اختلاف في الظروف أم في الاعتبارات التي اعتد بها كل مذهب ·

١٢ - ولهذا يدعو البعض إلى الاتجاه لدراسة الفقه الاسلامي دراسة تاريخية ، بحيث « يتعين على الباحث تتبع القواعد والنظم القانونية الاسلامية في نشأتها

وتطورها في ضوء الظروف الاجتماعية والاقتصادية المحيطة بالمجتمع في كل مرحلة من مراحل التطور سواء قبل ظهور المذاهب الاسلامية الكبرى أم بعدها - وبذلك لاتقتصر - كما يحدث الآن - على دراسة الفقه الاسلامي في ضوء ماانتهى إليه الأمر لدى المذاهب الاسلامية الكبرى . وعلينا أن نعمل ذات المنهاج في دراسة أصول الفقه الاسلامي حتى نقف على تاريخ وظروف نشأة كل دليل من الأدلة ودوره في تطور الفقه الاسلامي . (صوفي أبوطالب : الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي في البلاد العربية ، الماضي والحاضر والمستقبل . مجموعة السنهوري التي أصدرتها حقوق القاهرة ص ٢١٨ ، ١٩٨٨) .

فالخطاب بعدم التقيد بمذهب واحد لا يوجه للمشرع فقط وإنما إلى الفقه كذلك . والدراسة التاريخية والاجتماعية للنظم القانونية الاسلامية تفيد الآن في تحديد وتفسير موقف المشرع المعاصر في بعض المسائل . فالفقه الاسلامي درس وتوسع وطور الشفعة . أما في الوقت الحاضر فهناك من التشريعات التي لم تأخذ بالشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية ، وهناك من ضيق منها جداً ، وهناك من يظل يتوسع فيها وذلك في المجتمعات الزراعية على وجه الخصوص .

والدراسة المقارنة بين مذاهب الفقه الاسلامي تستهدف استخلاص « وجوه النظر المختلفة ، ولتتركز هذه الوجوه في تيارات التفكير القانوني ، ثم تتبلور في اتجاهات عامة ، وتستكشف من وراء هذا قواعد الصناعة الفقهية الإسلامية ، تمهيداً لمقارنتها بصناعة الفقه الغربي الحديث حتى يتضح ما بينهما من الفروق ووجوه الشبه وحتى نرى أين وقف الفقه الاسلامي لا في قواعده الأساسية ومبادئه بل وفي أحكامه التفصيلية وفي تفريعاته فتمتد يد التطور إلى هذه التفصيلات على أسس تقوم على ذات الفقه الاسلامي وطرق صياغته وأساليب منطقه » (السنهوري ، القانون المدني العربي ، ص ٢٧) .

ثالثاً : ١٣ - ويجب بعد ذلك الاهتمام بتدريس منهج البحث في كتب التراث وفي مراجع الفقه الاسلامي عامة لمعرفة كيفية استخراج الأحكام ، فذلك يمثل مفاتيح البحث التي تؤدي إلى معرفة الحكم الصحيح . فبعد معرفة المواضع التي يمكن البحث فيها عن المسألة ، ومعرفة المراجع التي يمكن الرجوع إليها يجب معرفة طريقة ومنهج البحث . فيلاحظ أن بعض الباحثين يلجأون الآن إلى الإشارة إلى حلول متفرقة عثر عليها في ثنايا كتب التراث، بالاستناد إلى عبارة أو التقريب بين الأمثلة . وهذا يخالف أصول البحث العلمي الذي يكون بالارتفاع إلى المبادىء ثم النزول إلى ترتيب الحلول التفصيلية التي تتفرع عن تلك المبادىء . فيجب أن يتعلم الدارس من أين يبدأ وإلى أين يتفرع البحث وكيف يصل إلى العمق حتى يصل إلى تخريج الأحكام .

فالخطوات الثلاثة السابقة تمثل المقدمة الضرورية لتحديد الطريق للبدء بالبحث الصحيح والدقيق في الفقه الإسلامي ، وتعتبر الجناح الأول للبحث في الفقه الإسلامي .

١٤ - **أما الجناح الثاني وهو دراسة أصول الفقه** فقد حظى بقدر وافر من الدراسة والتدريس في كليات الحقوق ، واستعان به القضاء ، وقنن المشرع الإماراتي أهميته وضرورة دراسته بالتالي في المادة الثانية من قانون المعاملات التي نصت على الرجوع في فهم النص وتفسيره وتأويله إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي .

ومع هذا فإن دراسة أصول الفقه الإسلامي تحتاج إلى الاستعانة بالتطبيقات المعاصرة لشرحها وإيضاحها لتدريسها بصورة أقرب إلى التفهم من جانب الطالب .

وفي مجال أصول الفقه، فان مبادئه قد جاءت على أرقى مستوى ممكن ، ولم يتوصل الفكر الغربي إلى بعض ماوصل إليه الفقه الإسلامي إلا في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين . ففي فرنسا لم تتضح معالم أصول التفسير والفقه إلا على يدي جيني في أواخر القرن التاسع عشر .

ولكن ليس معني ذلك أن الفقه المعاصر ليس لديه مايقدمه في هذا المجال ، بل عليه أن يقوم بالتبسيط والشرح الذي يساعد على إبراز عظمة هذا التراث .

ففي مجال تدريس مايدخل في نطاق أصول الفقه تتوزع الدراسة مابين مادتي المدخل للعلوم القانونية أو أصول القانون ، ومادة أصول الفقه. فالأولى تدرس تفسير القانون ويحرص منه يتولي التدريس على إبراز مبادىء التفسير من خلال نصوص القانون وتطبيقات القضاء ويحجم عادة عن التوسع في الموضوع حتى لايتكرر مايدخل في مقرر أصول الفقه. وعند تدريس مادة أصول الفقه تدرس عادة من خلال ماجاء في تراث الفقه الإسلامي وتقتصر أغلب الأمثلة على تلك التي وردت في كتب التراث ، بل وبنفس الأسلوب الفقهي التقليدي. مما يجعل دراسة المادة دقيقة بل وصعبة في بعض الأحيان .

١٥ - ولما كان القضاء المدني والجنائي ، في كل البلاد العربية يطبق يومياً أصول الفقه للتوصل إلي تفسير مايعن له من نصوص، فإن مجموعات القضاء تحتوي على العديد من التطبيقات العملية والمعاصرة لتلك الأصول . ولهذا فإن على الفقه المعاصر أن يهتم بالتوسع في دراسة تلك التطبيقات القضائية. وهذا يقتضي تعاوناً بين أساتذة القانون وعلماء الشريعة في كليات الحقوق للخروج بمراجع معاصرة تحدث تراث الفقه الاسلامي بإبراز التطبيقات القضائية سواء كانت دراسة وصفية أو انتقادية لذلك القضاء . فكلما اقتربت الدراسة والأمثلة من الواقع الذي نعيشه

سهل فهم المبادىء وتأصلت في نفوس طالب اليوم وقاضي الغد . وغني عن البيان أن التوسع في تدريس مناهج البحث في الفقه وأصوله يمكن الباحث على المدى الطويل من التماس القواعد التي كانت في أذهان الفقهاء والتي كانوا يصدرون عنها في حلولهم وفتاويهم (١).

وهكذا فان البداية تكون بتخريج جيل قادر على البحث في الفقه الاسلامي ، لامجرد متلقي لأحكامه .

المطلب الثاني

الاهتمام بالتطبيقات القضائية المعاصرة للفقه الاسلامي

١٦ - لما كانت الشريعة الاسلامية هي قانون الأحوال الشخصية في البلاد العربية ، فان القضاء يتولى تطبيق أحكام الفقه الاسلامي على مايعرض عليه من منازعات . ولهذا فان الأحوال الشخصية تمثل المجال الخصب والمحك الأساسي لبيان مدى مرونة قواعد الشريعة الاسلامية بحيث تسمح بالاستجابة لمستجدات العصر ومابذله القضاء في مصر من دور رائد في سبيل تطبيق قواعد الفقه الإسلامي على الوقائع المستجدة ، وقد أعطى الفقه شباباً وحيوية .

ولقد سد القضاء بذلك فجوة قد تطرأ في ذهن القارىء لكتب الفقه التي تدرس لطلاب مادة الأحوال الشخصية . فالملاحظ أن تلك الكتب تعرض بوضوح ودقة

----

(١)وتجدر الإشارة إلى المحاولة القيمة التي قام بها المستشار محمد بدر المنباوي في مقرر يقوم بتدريسه في المركز القومي للدراسات القضائية في مصر بعنوان : علامات على طريق فهم النصوص التشريعية في ضوء أصول الفقه، مع التركيز على القانون الجنائي . وهو مطبوع على الاستنسل سنة ١٩٨٢. وخطة الكتاب وأسلوب عرضه يعتبر مثالاً يحتذى للفكرة التي عرضتها في المتن .

ومصادر لموقف الفقه الاسلامي من مصادره الأصلية بحسب ماجاء في أمهات المراجع ولهذا غالباً ماتكون الأمثلة التطبيقية لتلك المبادىء من أمثلة عصر وضع تلك [illegible] ع، مثل العبد والآمة وغير ذلك . ومن هنا عادة مايتساءل القارىء عن كيفية تطبيق تلك الأحكام على المشكلات والمنازعات المعاصرة . ولما كانت وظيفة القضاء هي أعمال حكم القانون على مايعرض عليه من منازعات فان الرجوع إلى مجموعات القضاء يكشف عن كيفية التطبيق المعاصر للمبادىء الشرعية ويبرز مرونة الأحكام ومقدرة القضاء .

ولم يكتف القضاء المصري بالتطبيق المعاصر للفقه الإسلامي ،وإنما اتخذ في بعض الأحيان موقفاً اعتراضياً من حكم واجب التطبيق يرى أنه لايخلو من النقد أو مخالف [illegible] ة . ومن ثم فقد قدم القضاء المصري نموذجاً للمتفهم لأصول الشريعة ، الق [illegible] تطبيقها في الواقع المعاصر . فقد نجح في تطبيق ماورد في كتب التر [illegible] الواقع المعاصر .

١٧ – ودراسة دور القضاء المصري في تطبيق أصول الشريعة الاسلامية يستهدف إبراز أن هذه الأصول لاتتغير باعتبارها أصولاً ، ولكن كما قال السنهوري، فإن تطبيقاتها تختلف . أولاً باختلاف الزمن . وثانياً باختلاف الأمم. وعلى ذلك يكون هناك أصول للشريعة الاسلامية لاتتغير ، وتفاصيل الشريعة تتغير بتغير الزمان والمكان ويكون من المعقول مع بقاء الأصول واحدة أن تكون هناك تفاصيل قررت في قرن معين وفي بلد معين (١) . . وليس معنى ذلك أن نطرح التفاصيل

---

(١) و [illegible] هوري أن هذا هو المعنى الذي يجب أن يعطى للمذاهب المختلفة في الشريعة الاسلامية كمذهب الامام أبي [illegible] . أي أنه يجب أن يفهم هذا الموقف على أنه مذهب لتطبيق أصول الشريعة في الزمن الذي وجد فيه والأق [illegible] صر فيه وأنه يعبر عن الشريعة الاسلامية بهذين القيدين ، وهذا لايستتبع أن هذه التفاصيل يجب أن يرتضي [illegible] ن وكل إقليم ، بل إن لك من هذين أن يستنبط من التفاصيل ماينطبق على ظروفه الخاصة .

التي تعب في استنباطها الأئمة في الأزمنة والأقاليم الأخرى بمجهودات تستوجب الاعجاب ، بل يجب ربط الحاضر بالماضي ربطاً لايقيد الحاضر فيلغه ويوقف تقدمه، ولايقطع صلته بالماضي فتنعدم وحدة الشريعة الاسلامية في مجموعها (من مذكرات السنهوري وأوراقة الشخصية المنشورة سنة ١٩٨٨ . المذكرة رقم ١٦٠ ص ١٤٣ - ١٤٥ وأورد فقرات منها محمد زكي عبد البر في مقالة بعنوان أستاذنا السنهوري والشريعة الاسلامية . معهد الفقه الاسلامي المقارن . مجلة إدارة هيئة قضايا الدولة . يونية ١٩٨٩ ص ١٣٥ في عدد خاص بعنوان الفقيه الامام عبدالرزاق السنهوري) .

وبالاضافة إلى ماقام به القضاء من تطبيق لأحكام الفقه الاسلامي بما يتلاءم مع العصر ، فإنه قد اتخذ أحياناً موقفاً اعتراضياً من حكم واجب التطبيق يرى أنه لايخلو من النقد أو عدم الملاءمة .

ونعطي أمثلة لذلك كله فيما يلي :

١٨ - ولقد طبقت محكمة النقض مبادىء الشريعة علي الظروف المستجدة في المجتمع المعاصر مما يثبت المرونة التي تحتويها تلك المبادىء ، وبذلك أضافت المحكمة دوراً إيجابياً في بيان مدى تواصل الفقه الاسلامي مع المعطيات التنظيمية للحياة المعاصرة .

ففي مجال التطليق للضرر ذخرت مجموعات القضاء بتطبيقات بل وإيضاحات ظهر منها كذلك المزج بين الثقافة القانونية والثقافة الاسلامية .

فقد أوضحت المحكمة شروط التطليق للضرر في اصطلاحات القانون المعاصر. فقد قضت بأن معيار الضرر معيار شخصي لامادي، وتصويره بما يجعل دوام العشرة

مستحيلاً أمر موضوعي متروك لتقدير قاضي الموضوع. والضرر يختلف باختلاف بيئة الزوجين ودرجة ثقافتهما والوسط الاجتماعي الذي ينتميان إليه .

وطبقت فكرة الضرر في صور معاصرة. فاعتبر من قبيل الضرر التشهير بارتكاب الزوجة لجريمة ، كالتسرع باتهامها بارتكاب جريمة الإجهاض مع أن ذلك لم يثبت (نقض أحوال شخصية ١٩٧٦/١١/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ١٦٣٦) . وقضت كذلك بأنه وإن كان الأصل أن التبليغ من الحقوق المباحة للأفراد لايمكن أن يرتب مسئولية طالما صدر معبراً عن الواقع حتى ولو كان الانتقام هو ماحفز إلى التبليغ . إلا أن إقامة هذا الحق لا يتنافر مع كونه يجعل دوام العشرة مستحيلاً لاختلاف المجال الذي يدور في فلكه مجرد إقامة الادعاء أو التبليغ ومدى تأثير أيهما على العلاقة بين الزوجين (نقض أحوال شخصية ١٩٧٨/١١/١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ١٦٧٤ رقم ٣٢٢) .

وتتجلى مواجهة أحكام الفقه للوقائع المستجدة فيما قضت به محكمة النقض من أن الضرر يتوافر إذا لم يعثر الزوج على المسكن المناسب بعد مرور أربع سنوات على عقد القران . مما ترتب عليه عدم دخول الزوج بزوجته وعدم استقرارها في حياة زوجية . وتعلل الزوج بعدم العثور على مسكن مناسب طيلة هذه السنين هو أمر لادخل للزوجة فيه . فمن واجب الزوج توفير المسكن الشرعي . ويكون التراخي عمداً في إتمام الزوجية بسبب من الزوج مما يعد ضرباً من ضروب الهجر ، لأن استطالته تنال من الزوجة وتصيبها بأبلغ الضرر ومن شأنه أن يجعلها كالمعلقة فلا هي ذات بعل ولا مطلقة (نقض مدني ١٩٧٩/٣/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ٣١ عدد ١ ص ٩٠٦ رقم ١٦٧) .

١٩ - ولم يتكتف القضاء في مصر بتطبيق الفقه الاسلامي كما جاء في كتب

التراث ، وإنما وقف موقف الباحث عن أنسب الحلول في ذلك الفقه لمقتضيات العصر ، فإن لم تسعفه أصول التفسير فإنه لايخرج عن مهمته في تطبيق الفقه ولكنه في نفس الوقت يعترض على الحل واجب التطبيق ، بالرغم من تطبيقه له ، ويطالب المشرع بالأخذ بحل أكثر ملاءمة في مذهب آخر من مذاهب الفقه .

ولايضاح ذلك نضرب مثالاً هاماً بقضاء محكمة النقض في مجال شروط التطليق بسبب العنة .

فقد نصت المادة التاسعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على أن « للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذ وجدت به عيباً مستحكماً لايمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولايمكنها المقام معه إلا بضرركالجنون » . والتفريق للعيوب مأخوذ في القانون المصري ، من مذهب الامام مالك .

أما بالنسبة للعنة فقد قضت محكمة النقض « أن التفريق للعيب في الرجل قسمان ، قسم كان معمولاً به بمقتضى مذهب الإمام أبي حنيفة وهو التفريق للعيوب التي تتصل بقربان الرجل لأهله وهي عيب التناسل، العنة والجب والخصاء وباق الحكم فيه وفقه» . ولما كانت المادة ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ تجيز الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء بقصد تعرف العيب وماإذا كان متحققاً فيه الأوصاف التي أشارت إليها المادة التاسعة ، إلا أن القانون المذكور قد سكت عن التعرض للإجراء الواجب على القاضي اتباعه للوصول إلى الحكم بالفرقة، فلم يعين الزمن الطويل الذي لايمكن بعد فواته البرء من المرض، أو يبين مايرتبه على تقارير أهل الخبرة من الأطباء بعد ثبوت وجود العنة من الحكم بالفرقة في الحال أو بعد التأجيل ، مما يوجب الأخذ بأرجح الأقوال من مذهب الحنفية طبقاً للمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . وأردفت المحكمة قولها بأنه لما كان ذلك وكان

المقرر في هذا المذهب أنه إذا ادعت الزوجة على زوجها أنه عنين وأنه لم يستطع مباشرته السبب هذا العيب وثبت أنها لازالت بكراً ، وصادقها الزوج على أنه لم يصل إليها ، فيؤجله القاضي سنة ليبين بمرور الفصول الأربعة المختلفة ماإذا كان عجزه عن مباشرة النساء لعارض يزول أو لعيب مستحكم ، وبدء السنة من يوم الخصومة إلا إذا كان الزوج مريضاً أو به مانع شرعي أو طبيعي ، كالإحرام والمرض، فتبدأ من حين زوال المانع ، ولا تحسب من هذه السنة أيام غيبتها أو مرضها أو مرضه إن كان مرضاً لايستطاع معه الوقاع، فان مضت السنة وعادت الزوجة إلى القاضي مصرة على طلبها لأنه لم يصل إليها طلقت منه . وأوضحت أن مناط تحقق عيب العنة المسوغ للفرقة عند الحنفية ليس بمجرد ثبوت عجز الزوج عن الوصول إلى زوجته بل استمرار هذا العجز طيلة السنة التي يؤجل القاضي الدعوى إليها .

وأعلنت المحكمة في نهاية الحيثيات أنه وإن كانت المحكمة قد انتهت إلى وجوب الاعتداد بفترة الامهال أخذاً بالراجح من مذهب أبي حنيفة ، إلا أنه لا يفوتها الاشارة إلى أن الامهال لاموجب له في خصوص العنة طبقاً لمذهب الامام مالك الأمر الذي يحفز المحكمة إلى الإهابة بالمشرع للمبادرة إلى إصدار تشريع ينص فيه على الأحكام الموضوعية لكل مسألة على حدتها غير متقيد بمذهب معين من مذاهب الشريعة الاسلامية بما فيه تحقيق العدالة وفقاً لمقتضيات التطور .
(نقض أحوال شخصية ١٩٧٦/٢/١١ مجموعة أحكام النقض ص ٤٣٢) .

وبهذا فقد مارست المحكمة مايمكن تسميته بالتطبيق الانتقادي للمذهب الفقهي واجب الإعمال ، وحيث تنادى المشرع إلى تطبيق مذهب فقهي آخر أكثر ملاءمة للتطور العلمي المعاصر .

وهذا يبرز ضرورة التوسع في دراسة المذاهب الاسلامية المختلفة وعدم التقيد عند التشريع بمذهب معين بل يجب اختيار أكثر الحلول ملاءمة للعصر من مجموع الفقه .

المطلب الثالث

العناية بالدراسة المقارنة لقوانين البلاد التي قننت الشريعة الاسلامية

٢٠ - منذ بداية النصف الثاني من هذا القرن بدأت تتوالي التشريعات التي قننت أجزاء من الفقه الاسلامي. ولقد مضت بالتالي عشرات السنين على تطبيق هذا المبدأ أو ذاك المبدأ، ولهذا لابد من تدريس تلك التجارب والتطبيقات حتى نستطيع أن نحدد الطريق السليم ، ونستفيد من تلك التجارب ، بل ومن الدراسات الفقهية والتطبيقات القضائية التي واكبت صدور تلك التقنينيات . وفي ضوء تلك الدراسة يمكن أن نحدد معالم الطريق واجب الاتباع ،سواء بتعديل ماوضع من نصوص ، أو بتعميق فهمها وتوجيه التفسير وجهة معينة .

أولاً : ٢١ - يجب الاهتمام ببيان مدى اتفاق النصوص مع الشريعة الاسلامية، فهناك من النصوص التي تحتاج إلى دراسة شاملة في إطار فلسفة متكاملة ومتعمقة للفقه الاسلامي . فالمادة ٢٨٧ من قانون المعاملات تجيز الاتفاق على أن يتحمل المدين عبء القوة القاهرة . فإذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لايد له فيه ... كان غير ملزم بالضمان مالم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك . وعلى العكس من ذلك فقد نصت المادة ٢٢٩ من مشروع

القانون المدني المصري طبقاً لأحكام الشريعة الاسلامية على أنه لايجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة . وجاء في المذكرة الإيضاحية أن هذا المبدأ جاء إعمالاً للآية الكريمة لايكلف الله نفساً إلا وسعها مما لايسوغ معه أن يتفق مقدماً على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة، إذ ليس في وسعه أن يدفع هذه القوة القاهرة. أما القانون الاماراتي فقد أباح الاتفاق على تحمل تبعة القوة القاهرة استناداً إلى أن الأصل حجة العقود والشروط. فأي هذين الاتجاهين يتفق مع الفقه الاسلامي ، لاشك أن الإجابة علي ذلك كانت تستتبع قيام دراسة معمقة للموضوع من كافة جوانبه لأننا لسنا بصدد مجرد خلاف فقهي وإنما بصدد آية من القرآن الكريم (في شرح نص المشروع المصري : عبدالمنعم الصدة ، نظرية العقد في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ص ١٣ دار النهضة العربية ١٩٩٠).

وهناك المادة ١٣١٨ بشأن الحيازة المستندة إلى سبب صحيح أي التملك بالحيازة بمرور الزمن القصير . ففي نفس الموضع نجد أن القانون المدني الكويتي قد رفض الأخذ بالتملك بالحيازة المستند إلى سبب صحيح بحجة أن السبب الصحيح هو « التصرف القانوني الذي من شأنه ، لو صدر من مالك ، أن ينقل الحق ولكنه لم ينقل الحق فعلاً لأنه صدر من غير مالك . فالأخذ بهذا النظام يفترض بالضرورة الإقرار بأن الحائز ليس مالكاً وهو مايناقض الفكرة الأساسية التي أخذ بها المشرع الكويتي وهي الحكم للحائز بالملك استناداً إلى دلالة الحيازة أي بعبارة أخرى أن التقادم القصير يقر الغصب مما يخالف الفقه الاسلامي (المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ص ٧١٤). وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري وفقاً للشريعة الإسلامية ، والذي أخذ بالتقادم قصير المدة، أن الفقه الاسلامي لم يعرض لتلك الصورة ولكن تقصير مدة التقادم فيها يبرره توافر حسن النية والسبب الصحيح لدى الحائز (التعليق على المادة ٩٥٠ ص ٣١٩).

يدل الخلاف في تلك المسائل الأساسية على أننا مازلنا في مرحلة تعميق دراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالفقه الغربي لاستخلاص فقه اسلامي يصل الحاضر بالماضي .

ثانياً : ٢٢ - وتجدر الإشارة في مجال العناية بمدي اتفاق النصوص القائمة مع الشريعة الاسلامية إلى موقف المحكمة الدستورية العليا في مصر .

تحرص المحكمة الدستورية العليا على أن يكون تقييم مدى دستورية التشريع من خلال اتفاقه أو اختلافه مع أحكام الشريعة الاسلامية . فهي لا تكتفي في العديد من أحكامه بالاستناد إلى مخالفة التشريع لنص أو مبدأ دستوري بل تدعم ذلك بمخالفة الشريعة الاسلامية .

فعندما أصدرت حكمها بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٥٥ من قانون المحاماة والتي أعفت المحامي أو ورثته من دفع مقابل للتنازل إلى المؤجر، استندت إلى أن ذلك ينطوي على خروج عن مبادىء الشريعة. فقضت بأن تلك الفقرة تقدم للمحامي أو لورثته « مزية استثنائية تنطوي على إسقاط كامل لحقوق المالك المرتبطة بها ، وتقدم المنفعة المجلوبة على المضرة المدفوعة بالمخالفة لمبادىء الشريعة الاسلامية . . . ، ولايدخل هذا في نطاق التنظيم التشريعي لحق الملكية ، بل هو عدوان عليها يختار أهون الشرين لدفع أعظمهما ، بل يلحق بالمؤجر وحده الضرر البين منافياً بذلك المقاصد الشرعية التي ينظم ولي الأمر الحقوق في نطاقها . . . » (المحكمة الدستورية العليا ١٩٩٢/٥/٢٧ . الجريدة الرسمية العدد ٢٤ في ١٩٩٢/٦/١٥ ص ١٢٩٤ ، ١٢٩٥).

ولقد حرصت المحكمة الدستورية العليا على رد المبادىء الدستورية والتي ور

في أسمى التشريعات وهو الدستور، إلى أصولها الشرعية . فالمادة ٣ من الدستور المصري تنص على أن الشريعة الاسلامية مصدر رئيسي للتشريع . فيجب رد النصوص التشريعية إلى مبادىء الشريعة الاسلامية لضمان توافقها معها (حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٤/٣/١٩٩٢).

فقد أوضحت أن مبدأ حرية الاقامة والتنقل الوارد في المادة ٤٥ من الدستور ، هو حق كفل الله عز وجل أصله بقوله «هو الذي جعل لكم الأرض ذلولاً فامشوا في مناكبها » .

ثالثاً : ٢٣ - ويجب عند دراسة الفقه الاسلامي وتطبيق ماورد به من أحكام أن ينظر إلى كيفية إعمال الحكم في ظل النظام القانوني القائم . فما قد يبدو من حيث الظاهر من سلبيات لتطبيق حكم مستمد من الفقه الاسلامي ، يرجع في الواقع إلى عدم إجراء عملية المزج اللازمة لذلك الحكم مع مجموع القواعد القانونية السارية .

ولإيضاح هذه المسألة نضرب مثالاً بما ورد في المادة ١٣١٧ من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات ، والتي تنص على أن « من حاز منقولاً أو عقاراً غير مسجل باعتباره ملكاً له أو حاز حقاً عينياً عقارياً على منقول أو حقاً عينياً غير مسجل علي عقار ، واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذي عذر شرعي » .

فحماية الحائز تتمثل في عدم سماع دعوى الملك من أحد . فالفقه الاسلامي يعرف فكرة عدم سماع الدعوى حيث يجوز تخصيص القضاء بالزمان والمكان . ونظام عدم سماع الدعوى يؤدي للاعتداد بدور لحيازة في الملكية مع تنقيتها من

الشوائب التي تشوب نظام التقادم المكسب .

ولكن مامعنى عدم سمع الدعوى ؟ « معنى أن الحيازة لاتسمع معها دعوى المنازع في الملكية أنه لايترتب على سماعها أن تكون البينة على من ادعى واليمين علي من أنكر. وهذا لاينافي أنها تسمع منه سماع استيضاح احتمال أن الحائز يقر له بملكيته للشيء المحاز مثلاً » (التعليق على المادة ٥١٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية علي مذهب الامام مالك) فعدم سماع الدعوى يعني رفض دعوى المنازع .

والواقع أن عدم سماع الدعوى ، أي رفض دعوى المدعى أو المنازع، يصلح تماماً في مجال الحقوق الشخصية. فالمدين يكفيه عدم سماع دعوى الدائن بعد مرور مدة معينة، فعدم سماع الدعوى أو رفض دعوى الدائن يعني عدم الزام المدين بأي أداء.

أما في مجال الحقوق العينية ففي الفقه الاسلامي الحيازة لاتكسب الحق وإنما تعتبر دليلاً وإثباتاً علي الملك . فالحيازة لاتنشيء ملكاً وإنما تدل على الملك. فهل يصلح مجرد عدم سماع الدعوى كدليل يثبت الحق . من الواضح أن عدم سماع دعوى المنازع يؤدي إلى ترك الحائز على وضعه دون مساس به ، ولكن ألا يحتاج الحائز لدليل على ملكه ؟

يرى البعض أن الحكم الذي يصدر بعدم سماع الدعوى يكون حجة لصالح الحائز بأنه صاحب الحق المحاز، إذ أن الحيازة تعتبر حينئذ دليلاً على الملك أو غيره من الحقوق العينية (التعليق على المادة ٩٤٩ من مشروع قانون المعاملات المالية المصري ص ٣٨٧) .

والواقع أن الحكم الذي يصدره يكون بعدم سماع الدعوى ، ولايرد في المنطوق أن حيازة المدعى عليه تعتبر دليلاً علي الملك وإنما يرد في أسباب الحكم إثبات توافر عناصر الحيازة . كما أن الحكم بعدم سماع الدعوى يستلزم أن يكون المدعى عليه هو الحائز، ولكن لايتضح ماإذا كان يحق للحائز أن يطلب تثبيت ملكيته والحكم له بها . وبعبارة أخرى فإن عدم سماع الدعوي في مجال الحقوق العينية يقدم حماية سلبية للحائز بعدم سماع دعوي من ينازعه، ولكنها لا تمكنه من حماية إيجابية بالحكم له بمضمون حقه .

ولقد تنبه المشرع الكويتي لذلك ، وجاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي « ولم يستخدم المشرع تعبير عدم سماع الدعوى المعروف في فقه الشريعة الاسلامية ، ذلك أن حقيقة المقصود بعدم سماع الدعوى هو رفض دعوى المنازع .. لهذا وتجنباً لما قد يؤدي إليه مصطلح عدم سماع الدعوى من الخلط بينه وبين عدم قبول الدعوى المعروف في فقه المرافعات ، آثر المشرع على أن يحكم للحائز بالحق. ويمتاز هذا الحكم ، على القول بعدم سماع الدعوى ، وهو كما رأينا يعني رفض دعوى المنازع، من الناحية العملية ، بأنه يؤدي إلى استقرر التعامل في شأن العقار محل الحيازة . وبيان ذلك أن الإكتفاء بعدم سماع دعوى المنازع ، يثير التساؤل : وماذا بعد عدم سماع دعوى المنازع، أي رفض الدعوى ؟ هل يظل الحائز هكذا دون الحصول على دليل واضح على حقه يمكنه من التعامل في العقار باعتباره صاحب الحق ؟ إذا وقفنا عند هذا الحد فالغالب أن الحائز لن يجد من يتعامل معه باعتباره المالك استناداً إلى دلالة الحيازة على الملك . ولهذا نص القانون على أن يحكم للحائز بالحق ويترتب على ذلك أنه يستطيع بعد ذلك أن يسجل الحكم الذي صدر له فيستقر وضعه باعتباره المالك شأنه في ذلك شأن كل من يستند في ملكيته إلى سند مسجل » (المذكرة الإيضاحية ص ٧١٣، ٧١٤) .

فما فعله المشرع الكويتي أنه لم يكتف بعدم سماع الدعوى وإنما وصل بعد ذلك إلى النتيجة التي يستهدفها عدم سماع الدعوى وهو اعتبار الحيازة دليلاً على الملك ومن ثم وجب تمكين الحائز من دليل على حيازته. وهذا لايخالف إطلاقاً أحكام الشريعة وإنما هو مسايرة لمنطق الأفكار ووضعها بما يلائم ظروف الملكية وأحكام تسجيلها ضبطاً للتعامل العقاري . فيجب وضع الأحكام الشرعية بصورة تتناسق مع قواعد التسجيل وإجراء المزج المناسب بينهما .

رابعاً : ٢٤ - والمحور الرابع الذي يجب الاهتمام به في تلك المرحلة هو رصد كيفية تطبيق بعض المبادىء التي وردت في الفقه الاسلامي وأخذ بها المشرع المعاصر، للتعرف عن مدي نجاح صياغة النصوص، ومدي الحاجة للتطوير أو التعديل بما يتفق مع ظروف الحياة المعاصرة وظروف إعمال النص .

ونقصد بذلك فكرة مباشر الضرر والمتسبب المنصوص عليها في المادة ٨٣، فهذه المسألة معروفة في الفقه الاسلامي ولكن يلاحظ أن من الأهمية بمكان كيف يتم إعمال هذه الفكرة في مجال الحياة المعاصرة فمن هو المباشر أو المتسبب في حوادث السيارات بصورها المختلفة وغير ذلك . فالعديد الآن من البلاد العربية تأخذ بهذه الفكرة ، وتطبقها المحاكم في المجالات المختلفة . فالأمثلة التي وردت على هاتين الفكرتين في الفقه الاسلامي لاتساعد على إيضاح كيفية مهمتها وتطبيقها في عصرنا . ولهذا ففي هذه المرحلة لابد من القيام بالدراسة المقارنة بين البلاد العربية لمعرفة كيفية تطبيق الفكرة وما وضع لها من ضوابط وتفاصيل عن طريق القضاء حتي تأخذ ثوبها المعاصر في الصياغة المستقبلة للقانون الاسلامي .

وهذا يستوجب أن تكون هناك مقررات دراسية إما على مستوى الليسانس أو الدكتوراة للدراسة المقارنة حول كيفية تطبيق القضاء في مختلفالبلاد التي أخذت

بأفكار مستقاة من الفقه الاسلامي مثل المباشر والمتسبب ، أي يتعلق المقرر بالتطبيق المقارن لأحكام الفقه الاسلامي التي تم تقنينها . ومن المفيد كذلك بحث كيفية إعمال أحكام العقد الموقوف والفاسد والباطل وهل كان تطبيقها واضحاً لايثير صعوبات للتعرف على مدى صحة تخوف التشريعات التي رفضت الأخذ بها مثل القانون المدني الكويتي .

خامساً : ٢٥ - ومن المسائل التي تبدو فيها الأهمية القصوى للدراسة المقارنة لكيفية تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية في البلاد الأخري التعرف على المقصود ببعض الاصطلاحات في مجالات تقترب من تلك التي ورد فيها النص أي توسيع آفاق البحث. فتنص المادة ٣ من قانون المعاملات الاماراتي على أنه « يعتبر من النظام العام الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية . . . وذلك بما لا يخالف الأحكام القطعية والمبادىء الأساسية للشريعة الاسلامية .

فقد تعرض الفقه والقضاء في مصر لفكرة النظام العام الإسلامي كقيد على تطبيق الشريعة الخاصة في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين . ولقد ثار البحث حول المقصود بالنظام العام ، وذهبت المحكمة العليا الشرعية إلى أن « مصر و دينها الرسمي الاسلام بنص الدستور وغالب الأمة من المسلمين لايمكن أن يتفق مع النظام العام فيها انتهاك حرمة الدين والخروج على قواعده ومخالفة أحكامه الثابتة بدليل قطعي وانعقد الاجماع عليها ولم يخالف منها أحد من أئمة المسلمين (المحكمة العليا الشرعية ١٩٤٦/٩/٢٣) وهذه العبارات هي نفس ألفاظ المادة الثالثة من قانون الإمارات . ولكن في مجال الأحوال الشخصية لغير المسلمين تم العدول عن هذا الإتجاه لأن مايتعلق بالنظام العام بالنسبة للمسلمين لايعتبر من النظام العام بالنسبة لغير المسلمين حرصاً على تركهم ومايدينون به . أما محكمة النقض فقد انتهت إلى أن النظام العام يقوم على أساس مذهب علماني بحت تطبق

مذهباً عاماً تدين به الجماعة بأسرها ، ولا يجب ربطه بأحد أحكام الشرائع الدينية، وإن كان هذا لاينفي قيامه أحياناً على سند مما يمت للعقيدة الدينية بسبب، متى أصبحت هذه العقيدة وثيقة الصلة بالنظام القانوني والاجتماعي المستقر في ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد به . (نقض مدني ١٧/١/١٩٧٩).

كما تعرض القضاء المصري لمسألة النظام العام في مجال مدى جواز تطبيق أحكام الردة في الشريعة الاسلامية ومدى تعارضها مع مبدأ حرية العقيدة. وانتهى القضاء إلى تطبيق أحكام الردة باعتبار أن غالبية القواعد التي تنظم الأحوال الشخصية تحقق مصلحة عامة وتعتبر من النظام العام ومن بينها أحكام الردة عن الاسلام .

وهكذا فإن من الأهمية بمكان عند تطبيق المادة الثالثة من قانون المعاملات التعرف على كيفية تطبيق فكرة النظام العام الاسلامي في البلاد الأخرى. فتلك الدراسة المقارنة تؤدي إلى القاء الضوء على ما يجب أن يكون عليه التطبيق السليم، فالسعيد من يتعظ بغير ه .

المطلب الرابع

مقارنة الفقه الإسلامي بالقوانين الغربية

٢٦ - بعد التعرف على الفقه الإسلامي سواء في أصوله ومناهج بحثه أو في أحكامه وموضوعاته فإنه يتبقى الاهتمام بمقارنة الفقه الإسلامي بالقوانين الغربية . فالاعتداد بثقافتنا الاسلامية لايعني بالضرورة نبذ الثقافة الغربية .

وتسهم الدراسة المقارنة بصفة عامة ، في تفهم القانون الوطني بالتعرف على مافيه من ثغرات أو مزايا إذا ماقورن بالقوانين الأخرى . ومن المفيد الإحاطة بالأوضاع القانونية والحلول المختلفة لدى النظم القانونية الأجنبية حتى نستطيع أن نحدد مدى ماوصل إليه علم القانون لدينا ومدى ملاءمته للتطور. بل إن الدراسة المقارنة تسهم في إيضاح بعض الأفكار الكامنة في القانون الوطني. وفي إطار ماوصل إليه الغرب من تقدم علمي وتكنولوجي فقد ظهرت لديه قواعد قانونية لمواجهة تلك التغييرات ، ومن هنا نبدأ البحث فيما إذا كان يمكن أن نتلمس في الأصول الكلية للفقه الاسلامي الحلول المناسبة لتلك المستجدات .

فإذا كان الفقه الاسلامي يكون نظاماً قانونياً مستقلاً ومتميزاً عن غيره من القوانين ، إلا أن ذلك لايعني التجاهل التام لقوانين وتجارب الآخرين .

٢٧ - ومن حيث منهج الدراسة المقارنة ، فهي من حيث المبدأ تتوقف على الموضوع محل البحث . ولكن يمكن القول بأن هناك منهجاً أو طريقة قديمة وهجرت إلى حد كبير ، وهناك طريقة حديثة واجبة الاتباع حالياً .

والمنهج الأول ، يقوم على العرض المنفصل لموقف كل قانون من الموضوع محل البحث بحيث لاتجري مقارنة حقيقية بين النظامين .

أما المنهج الثاني فهو يقوم على المزج في العرض بين موقف النظم محل المقارنة بحيث يتم عرض الموضوع بإبراز أوجه الشبه أو النقص في نظام ثم بيان كيف تفادي النظام الآخر تلك العيوب، بحيث تتم الدراسة والمقارنة في نقطة نقطة ، فلا يتم الانتقال لنقطة جديدة إلا ووضح لدي القارىء موقف كل نظام وأوجه الشبه والخلاف بين النظم .

وتتميز الطريقة الثانية بأنها تتفادى التكرار الذي تؤدي إليه بالضرورة أحيانا الطريقة الأولى ، كما أنها تساعد على استخلاص النتائج مباشرة من الدراسة المقارنة وعدم الاكتفاء بالعرض المنفصل ·

ولهذا يفضل اتباع الطريقة الثانية ولا يكون اللجوء إلى الطريقة الأولى إلا عند عرض فكرة أو وسيلة فنية لم يعرفها على الإطلاق النظام الآخر محل المقارنة · ·

٢٨ - وإذا كانت هناك مسائل أو أفكار متبلورة وحظيت بقدر كاف من الدراسة من الفقه الاسلامي والباحثين المعاصرين في الفقه الاسلامي، فانه ينبغي إجراء الدراسة المقارنة بين هذه الأفكار وأفكار الفقه الغربي لتحديد مدي ملاءمة الأخذ بهذه أو بتلك ·

وأخص بالذكر مسألة البطلان· فالفقه الاسلامي يأخذ بالتقسيم الثلاثي العقد الموقوف ، والباطل ، والفاسد · أما الفقه الغربي المستمد من القانون الروماني فيقسم البطلان إلى مطلق ونسبي ·

ولقد أخذت العديد من التشريعات العربية مثل العراق، والأردن والإمارات ، بفكرة الفقه الاسلامي · وفي نفس الوقت رفضها صراحة المشرع الكويتي· ولهذا فإن الدراسة المقارنة تؤدي إلى استخلاص مايجب أن يكون أو مزج كل من الفكرتين لنخلص بفكر ملائم لكل دولة ·

٢٩ - والطريقة المقارنة السائدة الآن هي مقارنة الشريعة بالقانون للتوصل إلى أن الشريعة قد عرفت كل ماجاء به القانون · ولقد حذر السنهوري ، بثاقب بصيرته من ذلك حيث أن « القانون الحديث الذي يشتق من الفقه الاسلامي يجب أن يكون في منطقه وفي صياغته وفي أسلوبه فقهاً إسلامياً خالصاً ، لامجرد محاكاة

للقوانين الغربية ، فإننا إذا اقتصرنا على تقليد هذه القوانين على اعتبار أن هذه هي الغـاية من تطور الفقـه الاسـلامي لانكون قـد صنعنا شيـئـاً . ويكون الأولى لنا أن نقتبس مباشرة من القوانين الغربية دون حاجة إلى دراسة الفقه الاسلامي . أقول ذلك لأنني لاحظت أن بعض المشتغلين بهذه المسألة يقتصرون على إيراد نصوص من القوانين الغربية ثم يحاولون أن يخرجوا هذه النصوص على أحكام الفقه الاسلامي دون أن يراعـوا في ذلك أصـول الصناعة في هذا الفقـه، ثم ينتـهـون من هذا البـحث السطحي إلى أن نصوص القوانين الغربية هي الشريعة الاسلامية ذاتها، مثل هذا العمل لايحمل طابع البحث العلمي الصحيح ، وليس من ورائه كسب يذكر لا للفقه الاسلامي ولا للقوانين الغربية . وهو عمل سهل ولكن نفعه ضئيل محدود » .

ويحضرني في هذا المقام النصوص التشريعية التي تأخذ بفكرة الالتزام الطبيعي وتحاول أن تخرجها على فكرة الواجب ديانة . فـفكرة الواجب ديانة لا تتطابق مع الالتزام الطبيعي فلكل نظام أصوله وأساليبه الفنية. ولايشرف الشريعة الاسلامية أن تعرف كـافـة التـفـاصـيل التي عـرفـتـهـا القـوانين الغـربيـة المسـتـقـاة من القـانون الروماني ، ولا ينقص من قدرها إطلاقاً ألا تعرف فكرة من تلك الأفكار . ومن هنا كان من الضروري الحرص علي البحث عن الفقه أو القانون الاسلامي الخالص .

فقد سيطر على البحث في مجال المقارنة بين الشريعة والقانون السعي لاثبات أن الفقه الاسلامي قد عرف كل ماعرفه الفقه الغربي. فتكون الدراسة في الفقه الغربي مع تطعيمها من وقت لآخر بما يفيد أن الشريعة الاسلامية قد عرفت ذلك . وفي رأينا فـإن تلك الطريقـة خـاطئـة . فليـست العـبـرة بمعـرفـة أو تطابق بعض التـفـاصـيل. فـلا أبالغ إذ أقـول أن الحلول التـفـصـيليـة تكاد تتطابق في كل النظم القانونية . ولكن العبرة بالأساس والفلسفة والمبادىء العامة والسبل الفنية التي يتم من خلالها التوصل إلى الحل . فليس هناك من شريعة لاتلزم من يسبب ضرراً

للغير بالتعويض ، ولكن سبيل التوصل إلى ذلك يختلف بحسب الوسائل الفنية والأصول العامة لكل شريعة ، فهناك من يعتبر الأساس هو الخطأ ، وهنا من يعتد بالضرر . فليس من المهم إثبات التطابق في الحلول وإنما يجب إبراز الأصول العامة والسبل الفنية الخاصة بكل نظام .

فهناك البنيان القانوني لكل نظام أو شريعة، وهناك المصادر المختلفة، والسبل الفنية المتميزة . فيجب أن تكون الدراسة من خلال هذه الأمور. ولاينقص من قدر الشريعة الغراء ألا تعرف حلاً أو فكرة وردت في الفقه الغربي ، ولا يزيد من قدرها معرفة ما عرفه الغرب.

فلا يجب أن تكون دراسة الشريعة من خلال أفكار الثقافة القانونية الغربية، فذلك يؤدي إلى تذويب وطمس كيان الفقه الاسلامي وحصر الدراسة في أن الفقه قد عرف هذا أو ذاك فيما عرفه الغرب. والمفروض أن نسعى إلى إبراز الفقه الاسلامي بأفكاره هو وليس بأفكار غيره. فالمطلوب هو التماس القواعد التي كانت في أذهان الفقهاء والتي كانوا يصدرون عنها في حلولهم.

وكما يقول السنهوري « فان الواجب أن ندرس الشريعة الاسلامية دراسة علمية دقيقة وفقاً لأصول صناعتها ولايجوز أن نخرج علي هذه الأصول بدعوي أن التطور يقتضي هذا الخروج . ولاينبغي أن نخشي من أن دراسة الشريعة الاسلامية على هذا الوجه العلمي الصحيح قد يؤدي إلى أن نكشف قصورها عن أن تتطور وأنها تضيق بما استجد من حاجات المدنية . ذلك أن هناك الإجماع المصدر الخصب وأداة التطور (السنهوري. القانون المدني العربي. ص ٢٩).

٣٠ - ومن مظاهر عدم نبذ الثقافة القانونية الغربية في دراسة الفقه الاسلامي

مانادى به السنهوري في كيفية دراسة الفقه الاسلامي . حيث أوضح أنه يجب نقتصر من الفقه في أبحاثنا على أبواب المعاملات فهذه هي الدائرة القانونية . وإذا أردنا ألا نبقي الشريعة على معناها المصطلح عليه من قديم من أنها تشمل العبادات والمعاملات، فلنخلق اصطلاحاً آخر يدل على ماأردنا، ولنسم أبواب الفقه الخاصة بالمعاملات « بالقانون الاسلامي » ولندخل ضمن هذا القانون إلى جنب هذا الجزء من علم الفقه : علم أصول الفقه وهو يبين لنا مصادر القانون وكيفية استنباط الأحكام من تلك المصادر، ولندخل في القانون الاسلامي جزءاً من علم الكلام هو المتعلق بمباحث الإمامة فان هذا أساس القانون العام . ولنقسم القانون الاسلامي بهذا التحديد تقسيماً حديثاً إلى قانون خاص وقانون عام. وأهمية تقسيم القانون الاسلامي هذا التقسيم الحديث : أن ذلك يرتب أبواب هذا القانون ترتيباً أقرب إلى المدنية الحديثة، وأكثر انطباقاً على طرق البحث القانونية، بعد أن تخطي علم القانون أدواراً غير قليلة في سبيل الترقي. ولايراد بهذا التقسيم أن تندمج الشريعة الاسلامية في القانون الحديث ، وأن تفقد استقلالها، وإنما يراد بهذا تسهيل المقارنة بين الشيئين ، وفتح باب لترقية طرق البحث في الشريعة الاسلامية بحيث تتمشي مع القانون الحديث في تقدمه (عبدالرزاق السنهوري. الدين والدولة في الاسلام. بحث نشر في مجلة المحاماة الشرعية سنة ١٩٢٩ وأعيد نشره بمجلة هيئة قضايا الدولة يونيه ١٩٨٩ ص ١٠٣ وخصوصاً ص ١٠٤ ومابعدها).

٣١ - ويقع على عاتق الفقه المعاصر تحديث الفقه الاسلامي من خلال تجارب القانون المقارن وعليه الاجتهاد لاستنباط الأحكام التي تلائم العصر من خلال كتابات الفقهاء ووفقاً لأصول الصناعة الفقهية الاسلامية .

فقد آثار التقدم العلمي مشكلات قانونية مختلفة . ومن الملفت للنظر أن الفقه الاسلامي قد تعرض لبحث مشاكل تقترب إلى حد كبير من تلك التي أثارها التقدم

العلمي. وبطبيعة الحال فان الفقه الاسلامي قد درسها في إطار الظروف والأوضاعالقائمة. ولهذا فانه عند دراسة هذه المسائل لايجب الاكتفاء بعرض ماتوصل إليه الأسلاف بل يجب اجراء عملية تحديث ومواءمة للفقه مع الكيفية التـــي ثارت بها المسائل في الوقت المعاصر.

ففي العصر الحديث بعد أن توصل الطب إلى أن الرضاعة الطبيعية هي أفضل صور التغذية للطفل ظهر مايسمي ببنوك لبن الأمهات . ويثور البحث عن الإطار القانوني لمثل هذه البنوك والمشكلات المختلفة التي يثيرها وجود هذه البنوك .

ولقد تعرض الفقه الاسلامي لمشكلة مماثلة متعلقة بإجازة الظئر. ووضع الفقه شروطاً لتلك الاجارة ومنها عدم الاضرار بالصغير ابن المرضعة .

وفي مجال تخريج المسائل بحث الفقه الاسلامي مدى جواز بيع لبن الآدمية وهو مايقترب من مشكلة بنوك لبن الأمهات .

ويذهب الإمام الشافعي « إلى جواز بيع لبن بني آدم ويضمن متلفه لأن هذا اللبن طاهر أو مشروب طاهر كلبن النعام ولأنه غذاء للعالم فيجوز بيعه كسائر الأغذية ولهذا يتبين أنه مال متقوم .... » . أما السرخسي فهو لايوافق على ذلك ويقول « إن لبن الآدمية ليس بمال متقوم .. وبيان الوصف أن المال اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به مما هو غيرنا. فالآدمي خلق مالكاً للمال وبين كونه مالاً وبين كونه مالكاً للمال منافاة » . ويتعمق السرخسي تعمقاً رائعاً في كافة جوانب المشكلة حتى وصل إلى بيان أن الحرمة تثبت باعتباره وهي حرمة الرضاع كما تثبت حرمة المصاهرة، ثم يثير مباشرة مايعادل في الوقت الحاضر مسألة بنوك لبن الأمهات. فهو لايسلم بأن لبن الأم يعتبر غذاء كسائر الأغذية، وإنما هو غذاء في تربية الصبيان لأجل الضرورة ... أما مايحلب القوارير قل ما يحصل به غذاء الصبي

وفي تجويز ذلك فساد لأنه يؤجر به الصبيان فتثبت به حرمة الرضاع بينهم وبين من كان اللبن منها ولايعلم (السرخسي · المبسوط · جـ ١٥ ، ص ١٢٥) .

ففي هذا الفقه مايكفي للانطلاق في بحث الموضوع فهو يجب أن يكون نقطة البداية وليس النهاية بالإكتفاء بالعرض الوصفي للمسألة من وجهة نظر الفقه الاسلامي. بل يجب دراسة الجوانب العلمية المختلفة والصورة العملية التي تطبق بها بنوك الأمهات ثم تأصيل الأمور في ضوء المبادىء القيمة التي عرض لها الفقه الاسلامي بحيث نخرج بفقه في ثوب جديد مما يثبت مرونة وصلاحية مبادىء الفقه الاسلامي لمواجهة الصور الحديثة التي تثور بها المشكلات التي عرفها السلف - وبهذا يتحقق التوفيق الأصالة والمعاصرة .

٣٢ - فالفقه الاسلامي يحتوي من الحلول مايضارع أحدث ماوصل إليه الفقه الغربي الحديث ، كما أنه يقبل التطور في الأمور التي لم يرد فيها حكم قطعي إذ أن الأحكام الإجتهادية تخضع لقاعدة تغير الأحكام بتغير الزمان . ولهذا فانه يقع على عاتق الفقه المعاصر تحديث التراث الفقهي الاسلامي ولا أقول إحياء الفقه الاسلامي . وعلى حد قول السنهوري يجب علينا التماس القواعد التي كانت في أذهان الفقهاء والتي كانوا يصدرون عنها في حلولهم وفتاويهم وصياغة هذه الحلول في نظريات عامة، إذ لايقوم العلم إلا على أساس من القواعد العامة « فليس المقصود من الدراسة المقارنة أن نخرج الفقه الغربي فنجعلها فقهاً اسلامياً ، ولا أن نخرج الفقه الاسلامي فنجعله قانوناً غربياً ، بل ولا أن نستبقي الفقه الإسلامي على حاله . فقد ينتهي بنا الدرس إلى شيء من هذا أو إلى كل هذا أو إلى شيء غير هذا (السنهوري : القانون المدني العربي ص ٣٣).

الخاتمة

٣٣ - وبناء على ماسبق فاننا نرى أنه يقع على عاتقنا في الجامعات القيام بالمهام الآتية :

أولاً: تعليم كيفية الاطلاع على كتب التراث. فكيف يمكن العثور في هذه الكتب على مسألة معينة، مما يقتضي الاهتمام ببنيان أو هيكل الفقه الاسلامي . فما هي المراجع الأصلية لكل مذهب فقهي وكيف يمكن معرفة رأي هذا الفقه، وتحديد الراجح من الأقوال والتقسيمات من عبادات ومعاملات ومعيار التفرقة بينهما ، ثم مضمون المعاملات والتقسيمات المختلفة ومباحثها المتنوعة. فأساس الدراسة هو معرفة طريقة البحث ومنهجه في الفقه الاسلامي.

ثانياً : في المجالات التي صدرت فيها تشريعات مستمدة من الفقه الاسلامي، يجب عدم الاكتفاء بعرض آراء الحجة من الفقه وإنما يجب القيام بدراسة كيفية تطبيق القضاء لتلك الأحكام لاستخلاص جوانب تحديث الفقه في مجال التطبيق .

ثالثاً : القيام بدراسة مقارنة بين التطبيق العملي أي القضاء المقارن في البلاد المختلفة التي قننت الفقه الاسلامي ، مثل المقارنة بين موقف القضاء في تطبيق النصوص المتشابهة في القوانين الأردنية واليمنية والإمارات والعراقي .

رابعاً : اتباع أسلوب الدراسة المقارنة بين المذاهب الفقهية المختلفة واقتراح أفضل الحلول ملاءمة للعصر الحديث. فمن المستقر أن تقنين الفقه الاسلامي لايجب أن يتقيد بمذهب معين.

خامساً : الدراسة المقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين الغربية ، ويحقق ذلك من جهة معرفة كيف واجه الفقه الغربي متطلبات الحياة المعاصرة، ومن جهة أخري

يدفعنا للبحث في كنوز الفقه الاسلامي عن الوسائل الفنية المناسبة لمواجهة هذه الإحتياجات.

فإذا فعلنا كل ذلك تيسر لنا إلقاء نظرة عميقة محيطة فاحصة على تراث علماء المسلمين ، وتفهمنا روحهم التفهم الصحيح ، وبذا يمكن التطور بالفقه الاسلامي على نفس الأسس والقواعد التي أورث السير عليها الانسانية أعظم حضارة عرفها التاريخ حتى يبلغ مبلغ القوانين الأخرى التي لايقل عنها سلامة فكرة، ولاوضوح غاية، ولا حسن صياغة» (من مذكرة إنشاء معهد الفقه المقارن الاسلامي . مجلة هيئة قضايا الدولة . المرجع السابق ص ١٤٩).

الجلسة التاسعة

تطوير الدراسة في مجال الاصول وتاريخ التشريع

رئيس الجلسة : أ٠د٠ ابراهيم السلقيني

عميد كلية الدراسات الاسلامية والعربية بدبي ٠

المتحدثون: أ٠د٠ خليفة بابكر الحسن

رئيس قسم الدراسات الأساسية بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات

أ٠د٠ محمد أحمد سراج

رئيس قسم الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

المعقب: د٠ حسين يوسف غنايم

أستاذ القانون التجاري المساعد بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات٠

تطوير تدريس أصول الفقه الاسلامي

بما يتلاءم مع الحاجات المعاصرة

للأستاذ الدكتور خليفه بابكر الحسن *

مدخل:

١ - حينما طلب إليّ أن اكتب في موضوع " تطوير أصول الفقه الإسلامي " في إطار ندوة نحو " ثقافة شرعية قانونية موحدة " تداعت إلي ذهني تساؤلات عديدة ومن ثم وجدت نفسي في وضع لن أتمكن معه من المضي في الكتابة ما لم أجب على تلك التساؤلات ؛ لأن طبيعة التطوير المراد تتحدد في إطار الهدف الذي نسعى إليه ، فما الذي نريده بمصطلح ثقافة قانونية موحدة ؟ هل هو الجمع بين أحكام الفقه الإسلامي والقانون في مكان واحد " مطلق الجمع " أم أنه أمر يتجاوز ذلك إلى ما هو أعمق باعتماد أحد المنطقين ليكون حاكماً لمسار التوحيد ، وإذا كان الأمركذلك فأي المنطقين تكون له الحاكمية منطق الفقه الإسلامي أم القانون ؟

٢ - كل تلك الأسئلة والاحتمالات جالت بخاطري وطافت بذهني ، وبعد تفكير انتهيت إلى استبعاد الجمع المجرد بين طائفة من الأحكام الفقهية والقانونية من دائرة التوحيد المقصود ؛ لأن الجمع بهذه الكيفية لا يعدو أن يكون توحيداً شكلياً لا تتحدد له قسمات ولا يتمتع بسمات تكسبه الهوية التي تميزه عن غيره كما أنه يفتقد الجذور التي تغذيه وتمنحه خاصية النماء والازدهار .

٣ - وبنفس القدر بل وبصورة أشد استبعدت احتمال التوحيد المبني على منطق القانون لتجافي هذا التصور مع طموحات الأمة الإسلامية التي باتت مطالباتها

---

* أستاذ أصول الفقه ورئيس قسم الدراسات الأساسية بكلية الشريعة والقانون.

بتطبيق الشريعة الإسلامية تترددكل يوم فضلاً عن أن هذا الاحتمال ينبغي أن يكون مستبعداً أصلاً لأن دولة الإمارات العربية المتحدة التي نتناول قضية التوحيد في ظل مناهجها تتخذ الشريعة الإسلامية مصدراً أساسياً في تشريعاتها وتنبع قوانينها الأساسية منها .

٤ - في ضوء ذلك لم يبق أمامي إلا احتمال واحد وهو التوحيد الذي يتم في إطار الشريعة الإسلامية والذي ينظر فيه إلى القوانين على أنها نظم ينبغي أن تخضع لضوابط الشريعة الإسلامية وبتعبير آخر هي صور لمصالح مرسلة ونماذج لمستجدات يمكن قبولها متى ما انسجمت مع نصوص الشريعة ومقاصدها مع موالاتها أيضاً بالتأصيل الذي يربطها بأحكام الفقه الإسلامي لتغدو جزءاً منه حتى إذا ما لابس الناس حركة تقنين أخرى سلكت تلك الأحكام في إطار الفقه الإسلامي بسهولة ويسر بعد أن تكون قد برئت من أي شوائب تربطها بمنطلقات وجذور أخرى كما أنها بادامة النظر فيها وباخضاعها لحاكمية الفقه الإسلامي واجراء نسقه وأسلوبه عليها تغدو جزءاً منه شأنها في ذلك شأن الأعراف والأوضاع الإدارية وكل مظاهر المناخ الثقافي القانوني الذي واجهه المسلمون الأوائل فوسعته نظرتهم وقبلته موازينهم بعد أن ربطوه بربانية شريعتهم وحاكموه إلى فطرة الإنسان وتحقيق مصلحته في إطار ضوابط الشريعة وعدلها المطلق .

ويقرب من هذا - أيضاً - منهج علماء المسلمين في استيعاب علوم اليونان من فلسفة ومنطق التي ترجموها للغة العربية وصهروها في بوتقة ثقافتهم بعد عزلها وإبعادها عن أصولها الوثنية مع سدهم لثغراتها ، وتوسيعهم لنطاقها في ظل رحابة الثقافة الإسلامية وامتداد نظرتها .

٥ - هذه هي صورة التوحيد التي أراها ، وإذا كان الشأن كذلك فإن العبء في

هذا التطوير سوف يلقي على علوم القانون وعلوم الشريعة الإسلامية في آن معاً ، علوم القانون ينبغي أن تجري مقارنة قضاياها بأحكام الفقه الإسلامي للاطمئنان للمطابقة أو الاختلاف مع معالجة الاختلاف ومن ثم الباسها ثوب الفقه الإسلامي من حيث التنظير والتقسيم أما أحكام الفقه الاسلامي فإن تطويرها يعني تهيئتها للانفتاح للجديد وقبولها له في إطار منهجها وحاكميتها .

٦ - وما انتهيت إليه يجرني إلى قضية أخرى وهي أن مثل هذا التطوير ينبغي أن يجري على مناهج كل كليات الحقوق ومعاهده ولا يقتصر على كليات الشريعة وحدها . ولكن الذي يلاحظه المراقب أن كليات الحقوق لم تجر على مناهجها تعديلاً يذكر في شأن الاقتراب من الشريعة الإسلامية وظل همها منحصراً في مواد معينة من مواد الشريعة الإسلامية وهي المواد التي بدأت بتدريسها تلك الكليات عند انشائها في بداية القرن العشرين الذي ندرك نحن الآن أخريات سنينه ، يحدث هذا رغم أن عمداء تلك الكليات نادوا في مؤتمراتهم المتكررة إلى الاهتمام أكثر بالشريعة الإسلامية (١) .

٧ - وفي كل الأحوال فسأحاول في هذه الورقة اعطاء التصور الذي أراه لازماً لتطوير أصول الفقه ليؤدي دوره في اطروحة التقارب بادئا في ذلك ببيان مفهوم أصول الفقه وتحسس وظيفته ولمحة من تاريخه تعكس الدور الذي أداه في مسيرة الفقه الاسلامي سابقاً ثم أعقب بمقترحات التطوير .

مفهوم أصول الفقه وأهميته :

٨ - للحديث عن مفهوم أصول الفقه لابد من الاشارة إلى أن الدين الاسلامي

---

(١) راجع توصيات ندوة عمداء كلية الحقوق التي عقدت ببيروت في أوائل السبعينات.

جاء من عند الله عقيدة وشريعة ، وفي جانب الشريعة فإن المولى - جلت قدرته - لم يترك الناس سدى بل كلفهم وشرع لكل فعل من أفعالهم حكماً يختص به ووصف يسبغ عليه من إيجاب أو تحريم أو ندب أو كراهة أو اباحة أو صحة أو فساد إلى غير ذلك مما يدخل في باب الحكم الشرعي .

وأودع تلك الأحكام كتابه الكريم وسنة نبيه التي في أصلها وحي منه - جل شأنه -.

٩ - وفوق ذلك أعطى العقل البشري حرية الحركة في الفهم والاستنباط وكشف الحكم فيما لم يرد فيه نص صريح : " ولو ردوه إلى الرسول وإلى أولي الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم (١) " .

١٠ - في إطار تلك اللوازم وهو أن لله حكماً لازماً في كل ما ينزل بالمسلم . وأن هذا الحكم إما أن يكون منصوصاً عليه في القرآن أو السنة أو مستكشفاً عن طريق الإجتهاد كان لابد من وجود القواعد التي تحكم ذلك كله وتجمع بين اللوازم السابقة : الدليل الذي يحمل الحكم أصلاً ، والحكم الذي يهدي إليه ذلك الدليل ، وطرق تفسير ذلك الدليل وصولاً لاستنباط الحكم منه إما عن طريق تفسيره أو بالحمل عليه ، من هنا نشأ أصول الفقه الذي عرفه الأصوليون بأنه : قواعد يتوصل بها إلى إستنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية(٢) .

هذا ويكتسب علم أصول الفقه أهميته من الوظيفة التي يؤديها والتي تبرز من خلال تعريفه السابق من حيث عنايته ببيان مصادر الأحكام وحجيتها ومراتبها في

(١) النساء : ٨٣ .

(٢) راجع ارشاد الفحول للشوكاني ص ٣ .

الاستدلال ، وشروط ذلك الاستدلال وطبيعته وكيفيته مع تناوله للمجتهد وشروطه وما يرتبط بذلك كله من مباحث ومسائل .

ولهذه الأهمية وصفه إبن خلدون بأنه " من أعظم العلوم الشرعية وأجلها قدراً وأكثرها فائدة (١) . .

١١- وإذا حاولنا تحسس أهمية هذا العلم بقدر أكثر تفصيلاً نجد أهميته تأتي من عدة وجوه :

الأول : أنه العلم الذي يمد المجتهدين بالقواعد والضوابط التي تعينهم على الاجتهاد ويجرون النظر في الأدلة على هدى منها لاستنباط الأحكام .

الثاني : أنه يساعد - في غياب الاجتهاد - في الترجيح بين آراء الفقهاء السابقين والتخريج عليها .

الثالث : أنه في أقل حالاته علم يمكن التوصل بمعرفة قواعده إلى التعرف على مدارك الفقهاء المجتهدين ، وطرق استنباطهم للأحكام الفقهية التي هي بين أيدينا (٢).

هذا وأصول الفقه بتعريفه وأهميته السابقة علم تميز به المسلمون وفي هذا يقول المرحوم الدكتور السنهوري :" إن فقهاء المسلمين إمتازوا على الرومان بل على فقهاء العالم أجمع باستخلاصهم أصول ومبادىء عامة هي أصول إستنباط الأحكام من مصادرها وهذا ما سموه بأصول الفقه (٣) .

---

(١) مقدمة إبن خلدون ٤٥٤ .

(٢) راجع بحث للكاتب عن " أصول الفقه تدوينه وتطوره " منشور بمجلة الشريعة والقانون التي تصدرها كلية الشريعة والقانون بجامعة الامارات العدد الرابع ص ٤٢٠ .

(٣) راجع المدخل الفقهي وتاريخ التشريع الاسلامي للاستاذ الدكتور عبدالرحمن الصابوني والاستاذ الدكتور محمود الطنطاوي والباحث ص ٣٨٠ .

لمحة من تاريخ علم أصول الفقه وبيان الدور الذي نهض به في خدمة الفقه الاسلامي :

١٢- بدأ تدوين علم أصول الفقه على يد الأمام الشافعي (ت ٢٠٤ هـ) بعد أن نضجت القواعد الأصولية وتبلورت وتمايزت ، وفيما وراء ذلك فإن أصول الفقه كقواعد غير مدونة يمتد عمقه التاريخي متواصلا مع الفقه والاستنتاج التشريعي الذي بدأ منذ عصر الصحابة وتكاثف أكثر في عصر التابعين نتيجة ملابسة البيئات الجديدة والأحداث الطارئة التي واجهها المسلمون - في حياتهم - أثراً للفتح الاسلامي المتصاعد ، فلما جاء عصر الأئمة المجتهدين بدأت المناهج الأصولية تأخذ حظها في الظهور بصورة أجلى وأوضح حتى جاء الإمام الشافعي فنهض بتدوينه في رسالته المشهورة ، ومن بعد نشط فيه التأليف وبرز فيه منهجان : منهج الجمهور أو الشافعية أو المتكلمين (بحسب الاطلاقات عليه) وهو منهج نشأ في ظل رسالة الامام الشافعي كمنهج حاكم للفروع الفقهية يجنح نحو التأصيل والتجريد ، وقد أضاف إليه خالفة الأصوليين من جهدهم الكثير ومازجوا بينه وبين المنطق واللغة العربية وشققوا مباحثه وبسطوها وأغنوه بالجدل الذي يتفق مع مزاجه ولاحقوه بالدقة التي تتناسب مع طبيعة مباحثه .

وقابل ذلك المنهج منهج آخر وهو منهج الحنفية أو الفقهاء وهو منهج إستمدت الأصول فيه من الفروع الفقهية ، وقد امتاز هذا المنهج بالتطبيق .

ثم لحق هذين المنهجين منهج ثالث اقتصر أصحابه على الجمع بين المنهجين السابقين والمقارنة بينهما .

١٣ - ولاشك أن هذا العلم كقواعد قارة في الاذهان وكأصول مجمعة في مدونات بعد التدوين أسدى خدمة جليلة للفقه الاسلامي وبخاصة في عصر الاجتهاد المطلق إبان عصر الأئمة المجتهدين كما تلاحق دوره في عصر التقليد حيث أعان أتباع

المذاهب على بيان علل الأحكام التي ورثوها عن أئمتهم وهي غير معللة كما كان سندهم في الترجيح بين الآراء المختلفة في المذهب الواحد فضلا عن إفادته لاتباع كل مذهب في نصرة مذهب أمامهم بل إن هذا العلم كان بمثابة الترياق لعلماء كانت لهم مناهجهم المستقلة في الاستنباط في العصور المتأخرة كابن تيمية(ت ٧٢٨ هـ) وإبن القيم (ت ٧٥١ هـ) .

هذا ويلاحظ المتابع لتاريخ هذا العلم أنه آل بعد منتصف القرن السابع إلى الاغراق في كتابة المتون ومن ثم شرحها وكتابة الحواشي عليها .

١٤ - وقد غشيت هذه الغاشية علم الأصول لأن الفقه الذي هو مادة الحياة نفسها آل في ذلك الزمن إلى تقليد محض عكف فيه أرباب المذاهب الفقهية على مختصرات فقهية معينة يحفظونها ويدورون حولها بالشرح ويقتصرون في تخريج المسائل عليها في حين أن هناك الكثير من الوقائع التي تطرحها الحياة كانت تتعاقب ملحة في طلب الجواب عليها .

١٥- وفي كل الأحوال فإنه حيث تقف حركة الفقه تقف حركة الأصول للتلازم التام بين العلمين ؛ وبيان ذلك أن علماء الفقه لو لم يكونوا في هذا العصر الأخير في حالة تقليد تام وصفه بعض المؤرخين بالجمود لحاولوا كسر الطوق ولكانت بدايتهم بعلم الأصول لأنه يمثل منهج الاستنباط الذي يعينهم في مقابلة المستجدات .

الأزمة والاصلاح :

١٦- لما كانت الحياة تدفع باحداثها المتلاحقة وكان الفقهاء يدورون في فلك ما يعرفونه فقط فقد أدى هذا الوضع إلى أن يوصف كل أمر جديد بأنه " بدعة " .

وقد حاول فقيه وأصولي مالكي ضليع هو الامام القرافي (ت ٦٨٤ هـ) الخروج

من هذا المأزق بالتفريق بين البدعة الحسنة المشروعة والبدعة المذمومة المحظورة إلا أن ذلك وحده لم يكن كافياً للخروج من المأزق الذي كان فيه الناس مالم يواجه الأمر في عمومه بحركة إصلاحية جديدة وإلى تطوير أصول الفقه نفسه ليستوعب مستجدات الحياة وينزلها مكانها من الدين ، وذلك ما نهض به - حقاً - الامام الشاطبي فألف كتابه " الموافقات " الذي أغضى فيه عن التفاريع وفزع إلى النظر إلى القواعد الكلية في الدين ووسع فكرة مقاصد الشريعة التي كانت ترد عند الأصوليين الذي سبقوه في معرض الجزئيات لخدمتها فأسسها نظرية كاملة معتمداً في ذلك على الاستقراء لجملة أحكام الشريعة ونصوصها ، ورتب تلك المقاصد إلى ضروريات وحاجيات وتحسينيات فكشف بذلك بمنهجية عن أسرار التشريع وحكمه وقربها للأذهان لكي تعين المجتهدين للنظر في مستجدات الحياة وأنماط مشاكلها وقضاياها المختلفة كما ألف كتابه " الإعتصام " الذي أخرج فيه ما وصف بأنه بدعة حسنة من حظيرة البدع باعتبار أنها من باب " المصالح المرسلة " وحصر البدع فيما هو مذموم فقط لئلا يظن أن كل أمر جديد حتى لو كان حسناً من الأمور التي لم يأت بها الدين لاسباغ وصف البدعة عليه ..

مقترحات التطوير :

١٧ - لعلَّ جهد الامام الشاطبي الاصلاحي في علم أصول الفقه الذي واجه به أزمة الفقه في عصره يرينا أهمية الملاحقة للمستجدات لتطويقها لكيلا تحدث مفارقة بين واقع الناس الذي يعيشونهم والمثل الذي يرسمه لهم دينهم ويتوقون إليه مما يسبب أزمة في حياتهم ، ولعلَّ الأزمة التي يعيشها المسلمون اليوم شبيهة بالأزمة التي عاشها الإمام الشاطبي في زمنه إن لم تكن أعظم وأشد لأن الفجوة التي خلفها ضعف الاجتهاد في زمن الشاطبي ظلت خلواً ولم تجد ما يملؤها حتى جاء الامام الشاطبي بمنهجه المرن محاولا ملأها من ذات الفقه الاسلامي نفسه .

أما الفراغ الذي حدث في عصرنا هذا وبخاصة منذ أخريات الدولة العثمانية فقد ملأه الفقه الغربي بمدارسه القانونية المتعددة اثر عوامل غزو عسكري وثقافي معروفة لم تسلم منها في هذا الشأن إلا قليل من البلاد العربية كالمملكة العربية السعودية واليمن ومنطقة الخليج مع الاختلاف النسبي في الحظوظ من تلك السلامة لأن تأثيرات النظم التعليمية والقضائية وطبيعة التعامل العالمي وتداخله القت بأثرها على بعض تلك البلاد ، ولكنها - ظلت - في كل الأحوال محتفظة بتطبيق الشريعة الاسلامية في قوانينها الأساسية .

١٨- وفيما يتصل بتطوير أصول الفقه الاسلامي ليؤدي دوره في عبور هذه المرحلة أرى من اللازم قبل الدخول في طبيعة هذا التطوير والمقترحات بشأنه أن أقرر أن أصول الفقه كمنهج للاستنباط يتسم بالسعة والشمول والاستيعاب ولا يتقبل الزيادة لأنه يبسط القول في الأدلة الشرعية نقلية واجتهادية ويحتوي على مباحث الأحكام وتفاصيلها كما وأنه وبنظر ثاقب يعالج قضية تفسير النصوص مستلهماً لقواعدها من علوم اللغة العربية والمنطق بالاضافة إلى نظرية المقاصد التي طعمه بها الامام الشاطبي ويبحث في الاجتهاد والمجتهدين وشروطهم مما يجعل التطوير فيه إما راجعاً للأولويات من حيث الاكثار من الاهتمام ببعض جوانبه وهي الجوانب ذات الصبغة العملية المباشرة في العصر الحاضر وتوسيعها وتطعيمها بالتطبيقات المعاصرة وقد يؤدي هذا في بعض الأحوال الى إعادة صياغة بعض جوانبه بطريقة تركيبية جديدة ، أو راجعاً لاجراء بعض المقارنات بينه وبين أصول القانون وبخاصة في المصطلحات التي يكثر دورانها في القضاء والتعليم القانوني والمدونات التشريعية ليكون الدارس على بينة من وجود فكرة تلك المصطلحات في أصول الفقه الاسلامي ويتبع ذلك بالضرورة دراسة طبيعتها بالمقارنة بين النظرين ، وليتحقق ذلك كله أقترح الآتي :

١٩- أولا : أن تتبع المقدمات التي تكتب عادة في صدر المؤلفات الحديثة

في هذا العلم مقدمة وافية لتاريخه ؛ ذلك أن المقدمات الحالية ، في تاريخه لايعدو الحديث فيها نشأته والمؤلفات فيه ، يحدث هذا في حين أن قرينه الفقه خطى بدراسات تاريخية واسعة ومتعددة تناولت أطواره التاريخية المختلفة ومدارسه ومذاهبه وائمته، ومن شأن المتابعة التاريخية الدقيقة لمسيرة هذا العلم أن تكشف عن المراحل التي مر بها والتطور الذي لحقه في كل مرحلة . فأصول الفقه - مثلاً - في صياغته وأسلوبه وتناوله منذ تدوين الامام الشافعي له في القرن الثاني إلى مجيء الامام الغزالي في القرن الخامس كان يمثل مرحلة ، وبمجيء الامام الغزالي طعم بالمنطق الأوسطي فأثر ذلك في المراحل اللاحقة في كتابته كما أن أصول العراقيين التي اتجهت إلى الرأي وبخاصة القياس كانت متأثرة بلاشك بحاجات البيئة التي نشأت فيها وأصول الحجازيين التي إتجهت للحديث كانت متأثرة - بلاشك - بما عمرت به أرضها من حديث وأثر، وطبيعة إستخدام الأصول في عصر الاجتهاد غير طبيعة استخدامه في عصور التقليد. وكل تلك مسائل لا يمكن الوقوف عليها إلا من خلال الرصد التاريخي المتبوع بالاستدلال والتطبيق الكاشف بدقة عن طبيعة الاستخدام .

خلاصة القول أن كتابة تاريخ هذا العلم بطريقة وافية ومستوعبة وبمنهجية تتعدى حدود الرصد إلى الاستبطان والخروج بموجهات عامة وسمات لكل مرحلة أمر يعين ويدفع بحركة تطويره في المرحلة الحالية وفي المستقبل إن شاء الله .

٢٠- **ثانياً** : يحتاج أصول الفقه في عرضه إلى التقليل من بعض المباحث الفلسفية والنظرية التي لاطائل وراء البحث فيها الآن كالبحث في " حكم الاشياء قبل ورود الشرائع " وحكم أهل الفترة " والتكليف بما لايطاق " والانشغال في بحث القواعد اللغوية بأشياء تدخل في اختصاص اللغوين مثل مسألة وضع اللغات هل تم بالتوقيف أم الوحي؟ إلى غير ذلك من المسائل التي تنحى منحى نظرياً مع الاغراق في النزاع فيها والاستدلال الذي تعقبة المناقشات على أن تظل هذه المباحث في

موضعها من كتب الأصول لطلاب الدراسات العلياوالمعنيين بالدراسات المتخصصة(١).

٢١- **ثالثاً** : لابد عند دراسة الاجتهاد من تأكيد فكرة الاجتهاد في الشريعة الاسلامية وعرض فكرة التلاقي بين الوحي والعقل البشري بمنهجية ثابتة يفرق فيها بين الثوابت التي لا يطولها الاجتهاد وبين المتغيرات التي يلاحقها بالكشف ولعل ذلك يقتضي تناول طبيعة الاجتهاد في العصر الحديث ودور المجامع الفقهية فيه وانضمام أهل الخبرة والمعرفة في كل مجال إلى أهل الشرع في المجال الذي يكون محلاً للبحث والدراسة (٢) .

٢٢-**رابعاً** : تلزم طبيعة الاجتهاد في هذا العصر الذي كثرت قضاياه وتداخلت إلى الاهتمام بمقاصد الشريعة وعرضها بافاضة عرضاً يتناسب مع مفاهيم الطلاب لأن تناول الامام الشاطبي لها كان تناول الموسوعي العميق الذي تصعب عباراته على المتخصصين ناهيك عن الطلاب والمبتدئين .

وفي أهمية مقاصد الشريعة على هذا النحو يقول الشيخ عبدالله دراز " إن الفقيه الأصولي الذي يجهل المقاصد لايمكن تشبيهه إلا بشخص يحاول أن يعلمك النساجة .

فيعرض عليك بعض أجزاء آلة النسيج محلولة مبعثرة الاجزاء ولا تخفي ضؤولة تلك الفائدة (٣) .

---

(١) راجع أصول الفقه الاسلامي منهج بحث ومعرفة للدكتور طه جابر العلواني ص ٣٤ .

(٢) المرجع السابق والصفحة .

(٣) مقدمة الموافقات بتحقيق الشيخ عبدالله دراز ١ : ٥ ، ٦ .

ولهذا السبب - أي أهمية المقاصد - دعا الشيخ الطاهر بن عاشور إلى إفرادها بعلم مستقل وقال في هذا الصدد : " حق علينا أن نعمد إلى مسائل أصول الفقه المتعارفة وأن نعيد ذوبها في بوتقة التدوين ونعيرها بمعيار النظر والنقد فتنفي عنها الاجزاء الغريبة التي علقت بها ، وتضع فيها أشرف معادن مدارك الفقه والنظر ثم نعيد صوغ ذلك العلم ونسميه علم مقاصد الشريعة ونترك علم أصول الفقه على حاله لبيان طرق تركيب الأدلة الشرعية (١) " .

ولو تيسر مادعا له الشيخ الطاهر بن عاشور تكون في ذلك فائدة عظيمة بتقديم مقاصد الشريعة في فكرة جديدة متكاملة وأرى في مثل هذه الحال أن نسلك في إطارها المصادر الاجتهادية ذات الصلة المباشرة بها والمتمثلة في المصالح المرسلة والعرف وسد الذرائع والاستحسان ومباحث مآلات الأفعال ولاشك أن مثل هذا الصنيع سوف يستوعب بالضرورة فقه الأولويات والضرورات الذي يدعو له بعض العلماء اليوم لمعالجة بعض القضايا ذات الطبيعة الخاصة التي طرحها التعامل مع واقع لم يكن في أصله مؤسساً على الدين .

٢٣ - **خامساً** : في مباحث الحكم الشرعي ينبغي المقارنة بين تعريف الحكم الشرعي والقاعدة القانونية من حيث المنبع والخصائص مع بيان إتساع الحكم الشرعي وتدرجه كما يمكن التمييز في هذا الأطار بين الحكم الشرعي الواجب قضاء وديانة ، والواجب ديانة فقط .

والمقارنة بين فكرة النظام العام في القانون وتقسيمات الأصوليين للمحكوم فيه وهو فعل المكلف الذي يتعلق به التكليف من حيث أنه إما أن يكون حقاً خالصاً لله

---

(١) مقاصد الشريعة للشيخ الطاهر بن عاشور ص ٦ ، ٧ .

أو حقاً خالصاً للعبد أو حقاً مشتركاً مع غلبة حق الله أو مشتركاً مع غلبة حقوق العباد وبسط القول في ذلك بالطريقة التي تكشف عن ثراء وسعة أصول الفقه الاسلامي في هذا الجانب كما يمكن المقارنة بين فكرة التكليف في الشريعة والمسؤولية في القانون واتساع فكرة التكليف التي تتعدى الدنيا إلى الآخرة ...

٢٤ - **سادساً** : في مباحث تفسير النصوص لابد من تركيز فكرة التفسير في صدور الجزء المخصص لذلك من أجزاء أصول الفقه مع بيان دور اللغة العربية والمنطق في تلك المباحث وإعطاء لمحة تاريخية عن تفسير الصحابة والتابعين والائمة المجتهدين للنصوص وطريقتهم في ذلك ثم تأتي بعد ذلك الدراسة الموضوعية لكل باب من أبواب التفسير على أنه لابد من أن يفرق بين وظيفة تلك القواعد كقواعد لفهم النصوص ووظيفتها كقواعد للتطبيق (١) ثم - بعد ذلك - لابد من إجراء دراسة تحليلية للقوانين المطبقة في إطار قواعد التفسير ببيان العام في النص القانوني والخاص فيه وكيف يخصص العام ؟ والمطلق والمقيد ومتى يتم التقييد به ؟ واستخراج أنماط لمفاهيم موافقة ومخالفة ودلالة عبارة واشارة واقتضاء وغير ذلك من جوانب المباحث الخاصة بتفسير النصوص وهي كثيرة ..

٢٥ - **سابعاً** : في باب المصالح المرسلة لابد من إيراد نماذج معاصرة لاجتهادات اعتمد فيها على هذا المصدر كما أنه لابد من بيان أن اللوائح والتنظيمات الادارية كلها تدخل تحت هذا المصدر الاجتهادي إذا كانت المسائل التي تتناولها لا يشملها نص خاص من نصوص الشريعة ؛ وفي ذلك فائدة من حيث ربط تلك التنظيمات بالشريعة باعتبار أنها تدابير اقتضتها مصالح الناس

---

(١) انظر في هذا الشأن بحث للزميل الدكتور عبدالمجيد النجار عن " في المنهج التطبيقي للشريعة الاسلامية تنزيلاً علي الواقع الراهن " .

وأوجبتها أوضاع تنظيم حياتهم .

٢٦ -هذه بعض الخطوط العامة التي أراها كفيلة باحداث جزء من التطوير الموضوعي المرغوب في أصول الفقه الاسلامي . وآمل أن ينضجها الحوار وتكملها المناقشات من خلال جلسات الندوة .

والله ولي التوفيق ،،،

تدريس تاريخ التشريع الإسلامي

في كليات الشريعة والحقوق

للأستاذ الدكتور محمد أحمد سراج *

تقديم :

يجب الاعتراف بحداثة نشأة علم تاريخ التشريع الإسلامي وتأخر ظهوره بخصائصه المميزة له إلى بدايات هذا القرن على الرغم من تعدد علوم الفقه الإسلامي وتنوعها (قواعد - أصول - خلاف - جدل الخ) . وإنما ظهر هذا العلم في هذا الوقت على وجه التحديد نتيجة للتطور المنهجي في دراسة العلوم الإسلامية والعربية والتأثر في ذلك بالمناهج الغربية في دراسة الآداب والفلسفة ، حيث تفرد هذه المناهج تواريخ هذه العلوم بالنظر والاهتمام . ويجب النظر إلى ظروف نشأة علم تاريخ التشريع الإسلامي في هذا الإطار العام الذي أدى إلى ظهور علمي تاريخ الأدب وتاريخ الفلسفة ، إذ يغلب في الذهن أن الأسباب التي أدت إلى نشأة تواريخ هذه العلوم واحدة برغم إختلاف موضوعاتها . ذلك أن الدراسة التاريخية في هذه العلوم (الفقه - الفلسفة - الآداب) قد هدفت إلى أمر مشترك هو رسم التطور الذي تحقق في هذه العلوم مع ربط هذا التطور بالظروف الاجتماعية والسياسية .

غير أن الاعتراف بظهور علم تاريخ التشريع الإسلامي بمفهومه المحدد له في العصر الحديث لا ينفي بروز التفكير في كثير من ظواهره أو معالجة بعض جوانبه أو تدوين بعض ملامح تطور الفقه الإسلامي قبل التاريخ الذي ظهر فيه هذا العلم ؛ إذ تشير كتب طبقات الفقهاء وكتب التراجم والسير إلى كثير من هذه الملامح

---

* رئيس قسم الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية.

والظواهر. ويتضح الوعي بالتطور الفقهي بدرجة أوضح في هذا التتبع الموجز الذي قدمه ابن خلدون في مقدمته الشهيرة في الموضع الذي خصصه للتعريف بعلم الفقه والأصول . أما منهج الربط بين التفكير الفقهي وبين الظروف الاجتماعية فيدل على وعي الفقهاء به تناولهم لقاعدة تغير الأحكام بتغير الظروف والزمان والمكان . ويجب التذكير بأن هذه القاعدة التي عبر عنها الفقهاء المسلمون بهذا الوضوح قد انتقلت إلى التفكير القانوني الغربي في القرن السابع عشر وساعدت على تطوير هذا التفكير ، واستقر منذ ذلك الحين النظر إلى القانون على أنه " مرآة المجتمع " على نحو كان له أثره بلا شك في تحديد ملامح المنهج التاريخي وتأكيد أهمية علم تاريخ التشريع والقانون في البيئات الغربية ذاتها .

ومن هذا التقديم يتضح أمران :

١- تأخر ظهور علم تاريخ التشريع الإسلامي إلى العصر الحديث ، وتزامن ظهوره مع علمي تاريخ الآداب والفلسفة .

٢ - مفهوم هذا العلم ليس غريباً على التفكير الفقهي الإسلامي ، حيث جرى التفكير في بعض ظواهر هذا العلم ودونت العديد من المواد المتعلقة بتطور التفكير الفقهي في الأماكن التي أشرت إليها قبل قليل .

أهمية علم تاريخ التشريع الإسلامي:

احتل هذا العلم منذ ظهوره في بدايات هذا القرن مكانة ذات أهمية بالغة في خطط الدراسة بكليات الشريعة والقانون وأقسام الدراسات الإسلامية ، وصدرت أبحاث لا تحصى في موضوعات هذا العلم وأصبح واحداً من بين العلوم الأساسية التي يجري تدريسها ومناقشتها والحديث عنها والكتابة فيها وعقد الأبحاث حولها. وإنما تم ذلك بالدرجة الأولى لقدرة هذا العلم على فتح عين الدارس المبتديء على أهم الجوانب التي لا غنى عنها في الفقه الإسلامي ، وهو بهذا يعد مدخلاً أو يقدم خريطة تهدي السائر وتعرفه بالتطورات الحادثة في الماضي والدور المنتظر في

الحاضر والمستقبل . وليس هذا فحسب ، فإن علم تاريخ التشريع الإسلامي يقدم العديد من الأدوات اللازمة لتحليل التفكير الفقهي وفهمه عن طريق الربط بين تطور هذا التفكير وبين ظروف الواقع الاجتماعي الذي حدث فيه هذا التطور . وهذه الأدوار التي يقوم بها علم تاريخ التشريع الإسلامي في التحليل الفقهي أو فهم الظواهر الفنية الفقهية أو في تقديم التفكير الفقهي إلى الطالب المبتدىء هي المسئولة عن هذا الاستقرار الذي نعم به علم تاريخ التشريع الإسلامي في خطط الدراسة ومناهجها بكليات الشريعة والقانون وأقسام الدراسات الإسلامية بالجامعات المختلفة في الشرق والغرب على السواء . ويحسن تحديد مجال هذا العلم ووظيفته في هذا الإطار النظري قبل الوصول إلى إقتراحات محددة بشأن تدريسه في هذه الجامعات .

مجال هذا العلم ووظيفته :

مجال علم تاريخ التشريع الإسلامي في وضعه الحالي هو متابعة تطور التفكير الفقهي في العصور المختلفة لمعرفة القواعد التي حكمت هذا التطور في الماضي وتحكمه في الحاضر والمستقبل بغرض الوصول إلى فهم أفضل لهذا التفكير عن طريق الربط بين الواقع الاجتماعي وما لحقه من تطور وبين كيفيات استجابة الفقهاء والمسلمين لما ألم بهذا الواقع .

ويفيد الربط بين هذين الجانبين تحقيق أمرين على قدر كبير من الأهمية :

الأول : فهم النصوص والاجتهادات الفقهية ، ذلك أن نصوص الفقه المدونة في المؤلفات الفقهية الموجودة بين أيدينا واجتهادات الفقهاء قد نشأت في مواجهة واقع معين وظروف خاصة . ولا يمكن فهم هذه الاجتهادات بعيداً عن فهم الواقع الذي نشأت في إطاره . وتوضيحاً لذلك فإننا لا نستطيع فهم الآراء الفقهية القاضية بحرمة أو كراهية التعامل بالسفاتج (الكمبيالات) ما لم نفهم صور التعامل بهذه الورقة التجارية التي جاءت الاجتهادات الفقهية للحكم عليها ؛ فمن غير المعقول

أن يكون الفقهاء قد انتهوا إلى تحريم أو كراهية الاتفاق على نقل المال من مكان لآخر لقاء أجر معين . ويبدو أن الذي كرهوه أو قضوا بحرمته هو اتخاذ التعامل في هذه السفاتج صورة القرض لتشديد الضمان على محرر السفتجة والتأكد من ضمانه لقيمة السفتجة (الكمبيالة) إلا أن يقوم بتوصيله للمستفيد . ولا أعتقد أن بالإمكان فهم الخلاف الفقهي فيما يتعلق بالتعامل بهذه الورقة التجارية ما لم يتم الربط بين صور التعامل الواقعية وبين هذه الاجتهادات الفقهية .

أما الأمر الثاني فيتعلق بفهم مناهج الفقهاء وخصائص الصناعة الفنية الخاصة بهم في التعامل مع المشكلات التي واجهتهم ، مما يمكن أن يكون ذا أثر بالغ في إعمال هذه المناهج لمواجهة المشكلات المماثلة التي قد تثور في الحاضر أو المستقبل .من ذلك مناهج : المنع من سماع الدعوى ونقل عبء الإثبات الذي اعتمد عليه بعض قضاة الصدر الأول في موضوع تضمين الصناع ، وقد أدى أسلوب نقل عبء الإثبات إلى الاحتفاظ بالقاعدة الموضوعية (عدم ضمان الأمين إلا بالتعدي أو الإهمال)مصونة لم تمس، وفي الوقت ذاته جرى التصدي للمشكلة (كثرة ادعاء الصناع ضياع ما بأيديهم من أموال العملاء) بحسم مؤثر على نحو أدى إلى تحقيق المصلحة الاجتماعية .

ومن هذه الأساليب التي أظهرها التطور الاجتماعي أسلوب : الاستثناء من القواعد العامة " الذي اعتمد عليه الفقهاء كذلك في التصدي لعلاج المشكلات الاجتماعية . ومن الممكن توضيح هذا الأسلوب بالرجوع إلى مذهب الأحناف في الحكم بعدم ضمان المنافع بالغصب واضطرار المتأخرين منهم بعد ذلك إلى استثناء منافع اليتيم ومنافع أمواله ومنافع الوقف والأموال المعدة للاستغلال (المشروعات الصغيرة التي بات لها دور اجتماعي واضح في الفترة المتأخرة) . وإنما اضطر الفقهاء المتأخرون من الأحناف إلى هذه الاستثناءات الثلاثة لشيوع التعدي على

أموال الصغار والأوقاف ونفور المجتمع من هذا التعدي ، وكان استثناء الأموال المعدة للاستغلال لتشجيع المشروعات الاقتصادية الناهضة التي أحس الناس بضرورة حمايتها . ومن اللافت للنظر أن هؤلاء المتأخرين أصروا على مواجهة هذه المشكلات بأسلوب الاستثناء حفاظاً على الأصل الحنفي القاضي بعدم ضمان المنافع .

إن علم تاريخ التشريع الإسلامي لا يقدم حكايات تسرد عن حياة الأئمة وأنشطتهم وصفاتهم الخاصة ، وإنما يجدر به أن يطلعنا على مناهج تفكيرهم والأساليب التي قدموها في فهم النصوص التشريعية والحفاظ على المصالح الاجتماعية .

واقع تدريس هذا العلم :

يتأثر واقع تدريس هذا العلم بعدد من المؤثرات ، من بينها :

١- ظروف نشأة هذا العلم في التأثر بالمناهج الغربية في دراسة تاريخ الآدب بالمفهوم الذي كانت عليه هذه الدراسة في بداية هذا القرن . لقد ولد هذا العلم في ظروف الإعجاب بمنهج دراسة تاريخ الآدب الذي وفد به الدارسون في الجامعات الغربية فتأثر بهذا المنهج أعلام المؤلفين في تاريخ التشريع والرواد الذين قاموا بالكتابة فيه . ولعل هذا التأثر بمنهج تاريخ الأدب والتقسيم المتبع فيه للعصور التي مر بها الأدب (الجاهلي - الإسلامي - العباس الأول - العباس الثاني - الأتراك والمماليك - اليقظة في العصر الحديث) هو المسئول عن هذا التقسيم السداسي الآخر للعصور التي انقسم إليها تاريخ التشريع الإسلامي في المؤلفات الوفيرة العدد والتي ما تزال تصدر حتى الأن . ويبعب هذا التوازي في التقسيم بين كل من تاريخ الأدب وتاريخ التشريع اختلاف الظاهرتين الأدبية والتشريعية ، حيث يعتمد الأدب على ظهور النوابغ الموهوبين في فترات التحول التاريخية على حين يستند التشريع إلى واقع اجتماعي لا يستغنى عن استمرار التشريع . ومن جهة أخرى فإن هذا

التقسيم لا يناسب الفقه الإسلامي ، لأنه يصور حالة الفقه الإسلامي في العصر الحديث على أنه قد دخل مرحلة الازدهار واليقظة رغم استبعاده من التطبيق في غير مجال الأحوال الشخصية . إنني ألفت النظر إلى وجوب استبعاد هذا التقسيم الموازي لتقسيم عصور الأدب حتى يمكن تصوير المراحل التي مر بها الفقه الإسلامي على نحو اكثر واقعية . ومن الواجب أن أذكر بأن العصر الحديث لا يمثل " عصر النهضة الفقهية " بحال لمجرد إنشاء أقسام الشريعة بكليات الحقوق أو عقد بعض المؤتمرات التي اعترفت للفقه الإسلامي بمكانة بين النظم القانونية الراقية ، ذلك أن استبعاد هذا الفقه من التطبيق قد أدى إلى إضعافه . ولا شك في أن حالة هذا الفقه إبان عصر المماليك والأتراك كانت أفضل من حالته الآن نظراً لأنه كان ما يزال فقهاً موضوعاً للتطبيق .

٢- عدم وضوح مفهوم تاريخ التشريع الإسلامي ، واختلاط مباحثه ومناهجه بمباحث عدد من العلوم الأخرى كأصول الفقه وتواريخ الأئمة أو الرجال أو المناقب . وحسبي في الاستدلال على هذا التذكير بامتلاء مؤلفات تاريخ التشريع التي تدرس في كليات الحقوق والشريعة بحديث عن مصادر الفقه وحياة الأئمة وزهدهم وورعهم وأساتذتهم وتلاميذهم والمناصب التي شغلوها على نحو لا صلة له بكيفية التناول التاريخي . إنني اعتقد أننا بحاجة لتوضيح مفهوم تاريخ التشريع الإسلامي بحيث يستوعب هذا العلم حركة هذا التشريع في الماضي ودوره في الحاضر ووجهته في المستقبل وبحيث يصف الأدوات وأوجه الصناعة الفنية التي اكتشفها الفقهاء في المجالات الفقهية المختلفة وواجهوا بها ظروفهم الاجتماعية المختلفة في إطار التزامهم المطلق بأصول الشريعة وقواعدها .

ويقتضى استيعاب هذا العلم لحركة التشريع الإسلامي الالتفات لعلاقته بالنظم القانونية العديدة التي أثر فيها في العصور السابقة والتي يحتمل أن يتفاعل

معها في العصر الحاضر . لقد بات من المسلم به أن الفقه الإسلامي قد أثر في القوانين الغربية في العصور الوسطى حتى نقلت بعض مصطلحاته إلي اللغة اللاتينية لارتباط هذه المصطلحات بمفاهيم حقوقية استشعر أهل هذه اللغة حاجتهم إليها . (من ذلك : Sensale ومعناها سمسرة و Avale حوالة و Cheque المأخوذة من كلمة صكّ ....) وهكذا فإن تتبع حركة الفقه الإسلامي يقتضي التاريخ كذلك لعلاقته بغيره . وفي تقديري أن إضافة هذا المبحث الذي يعني بالحركة الخارجية للفقه الإسلامي على أكبر قدر من الأهمية لطالب الحقوق حتى يتسنى له إدراك إمكانية التفاعل بين معارفه القانونية ومعلوماته الشرعية بحيث يتشكل تفكيره من هذين الرافدين وحتى يستطيع الإفادة في تكوينه من هذين الجانبين بما يؤهلنا جميعاً لتطوير التفكير الفقهي والقانوني في الاتجاه الصحيح . وتجدر الإشارة إلى خبرتي الشخصية عندما كنت مسؤلاً عن تدريب القضاة والمحامين في أكاديمية الشريعة في الجامعة الإسلامية في إسلام آباد ؛ فقد كنت أحرص على توضيح العلاقة بين الفقه الإسلامي والنظام القانوني الإنجليزي ضمن البرنامج التدريبي ، وكان ذلك ذا فائدة كبيرة للمتدربين في إدراك حقيقة النظام الفقهي .

٣- عدم تحديد المنهج التاريخي في تناول الظواهر لتاريخية وطبيعة هذا المنهج والهدف منه ، وهو تفسير التفكير الفقهي وتوضيحه عن طريق الربط بينه وبين الظروف الاجتماعية . ومن اللافت للنظر أن يعبر أحد رواد علم تاريخ التشريع الإسلامي ، هو محمد الخضري بك ، في مقدمة كتابه عن هذا المنهج ، فأوضح أن " آراء الفقهاء ، وإن كانت مستندة إلى الكتاب والسنة ، هي نتيجة لأفكار تأثرت بمؤثرات مختلفة ، تبعاً للعصور التي وجدت فيها والطوابع النفسية لكل فقيه " . وعلى الرغم من وضوح المنهج التاريخي في ذهنه فإنه لم يقدر للكاتبين في هذا العلم من بعده أن يناقشوا حدود هذا المنهج وأهمية الإلتزام به . لقد أثرت مشكلة المناهج في الدراسات الفقهية في بحث آخر ، وحسبي ما قررته بهذا الشأن هناك .

وبالنظر إلى هذا كله نجـد أن تدريس علم تاريخ التـشـريع الإسـلامي في جامعاتنا لم يحقق الثمرة المرجوة منه ولم يتقدم بالطالب إلى معرفة الفقه الإسلامي . وأحسب أن أكثر الأخطاء الثابتة في ذهن الطلاب والمتخريجين مرجعها إلى إخفاق هذا العلم في تقديم صورة حقيقية لتطور الفقه الإسلامي . من ذلك تصوير التقليد الذي شـاع في القرن الرابع الهجري إلى القرن الرابع عشر الهجري وكأنه صنو الجمود والضعف العقلي والإنحطاط الفكري وانعدام التفكير الخلاق والثبات على الرأي الذي أقـره الأئمة . وهذا التقابل بين مدرسة الحجاز ومدرسة العراق واعتبار الأولى مدرسة حديث والأخرى مدرسة رأي . أما العصر الحديث فهو عصر النهضة الفقهية الذي وجدت فيه أقسام الشريعة في الكليات وعقدت فيه المؤتمرات وأدرك فيه الناس جميعاً فضل الأحوال الشخصية . إن هذه الأفكار الرائجة في كتب تاريخ التشريع الإسلامي التي تدرس لطلابنا بحاجة إلى إعادة نظر وتحليل حتى يتميز الحق من الباطل .

المقترحات :

يلزم فتح الباب لمراجعة مؤلفات تاريخ التشريع الإسلامي والمعلومات الواردة فيها من قبل مجموعة تلتقي لتحديد الأهداف والوسائل وأوجه القصور في هذه المؤلفات والمنهج الواجب الاتباع عند تأليف كتاب أو كتب معتمدة في هذا الفرع من فروع التفكير الفقهي . ولا شك في أن هذه الندوة فرصة طيبة لتبادل الرأي حول ما ينبغي أن يكون في هذا الشأن .

وفي الوقت نفسه فإنني أطرح على بساط البحث عدداً من المقترحات المحددة التي آمل أن يجري اختبارها والتفكير فيها للوصول إلى اتفاق حول بعض المعايير أو المؤشرات اللازمة لصياغة موقف عام حول ما ينبغي أن يكون عليه تدريس تاريخ التشريع الإسلامي في كليات الشريعة والقانون . وفيما يلي إجمال

هذه المقترحات :

أولا: التخلص من التقسيم السداسي للمراحل التي مر بها التفكير الفقهي ، حتى لا نجد أنفسنا مضطرين إلى تصور الأمر على غير حقيقته فيما يتعلق بفترة الجمود التي تقابل فترة الضعف الأدبي أو بفترة النهضة الفقهية في العصر الحديث التي تقابل عصر النهضة الأدبي . وفي اعتقادي أن هذا التقسيم ليس مجرد إطار لا يؤثر في الموضوعات والنتائج ؛ فقد أراد أصحابه تناول التاريخ الفقهي بما يتناول به تاريخ الدرس الأدبي ، وانتهوا لهذا إلى نتائج عامة تجمع بين الأمرين .

ثانيا : لا يتحقق الربط بين التفكير الفقهي والواقع الاجتماعي بحديث عام يتعرض في بداية كل مرحلة من هذه المراحل الستة إلي الحديث عن الأحوال السياسية والاجتماعية السائدة ، وإنما يلزم تناول الظواهر الفقهية وآليات التفكير الفقهي ، من عقود استجدت أو إجراءات استحدثت أو اختلاف في طرق التأليف الفقهي أو مصطلحات تدوولت ، بالربط بينها وبين الظروف الاجتماعية السائدة . إنني لا أجد فائدة في التعرض لمن حكم ومن لم يحكم ومن الذي ثار على من وقتل هذا أو ذاك عند بيان الحالة الفقهية فالأولى بهذه الخطابات كب التاريخ العام ويجب لهذا الاقتصار على كيفية التفاعل بين التفكير الفقهي وبين المصالح الاجتماعية المرجوة .

ثالثا: تلزم العناية بمكانة الفقه الإسلامي في المجتمعات الإسلامية ، والتعريف بحالات التطبيق الشرعي والمحاولات الرائدة في هذا المجال مع تحليل درجات النجاح أو الإخفاق وأسبابها والموازنة بينها وأبرز القضايا التي يثيرها هذا التطبيق . إن تجربة باكستان على سبيل المثال من التجارب التي اعتمدت في العودة إلي الشريعة على النظام القضائي ولم تسع إلي التقنين متفقة في ذلك مع تقاليد

النظام العرفي الإنجليزي Common Law الذي ظلت تطبقه ما يقرب من قرن ونصف على حين لجأت السودان في تجربتها إلى أسلوب التقنين Codification رغم اشتراكها مع الباكستان في التأثر بالنظام القانوني الإنجليزي .

وليس هذا فحسب ، إذ تجدر العناية كذلك برصد جوانب التطور الحديث في القوانين العربية والإسلامية وأسبابه وخطط الرجوع إلى الإفادة من التراث الفقهي ومدى النجاح الذي حققته بعض هذه القوانين الحديثة في استمداد أحكامها من الفقه الإسلامي ، وذلك كالقانون المدني الأردني والإماراتي اللذين يعدان علامة تطور فاصلة بين عهود الاستمداد المطلق من القوانين الغربية وبين عهد آخر تحاول فيه البلاد العربية والإسلامية العمل على صياغة الخطط الكفيلة بالرجوع إلى التراث الفقهي مع تطويره بما يكفل الإستجابة للمصالح الاجتماعية .

رابعاً : العناية بدراسة علاقات تأثير الفقه الإسلامي في النظم القانونية الغربية في العصور الوسطى على نحو يؤكد إمكان المقارنة بين النظريات الفقهية والنظريات القانونية الغربية . وقد تقدمت الإشارة إلى بيان أهمية هذا الجانب على المستويين النفسي والمهاري .

خامساً: الإشارة إلى التقسيمات العامة لفروع الفقه الإسلامي وعلومه المختلفة وطريقة التأليف فيه بما يكون فكرة عامة عن هذا العلم .

وقد أتردد في المطالبة باشتمال تاريخ التشريع الإسلامي على التعريف بالأسس العامة في الفروع الفقهية الأساسية كالفقه الجنائي والدستوري والإثبات والمشاركات والمسئولية التقصيرية في إيجاز بالغ حتي يتعرف الطالب المبتدىء على

جوانب هذا الفقه وأطره العامة ، ولا يرجع ترددي إلى قلة أهمية هذه المواد بقدر ما يرجع إلى خوفي من إرهاق الطالب الذي تلقى عليه أعباء كثيرة .

وأخيراً فقد أردت بهذه المقترحات وما قد تجود به قرائح الاخوة المشاركين في الندوة أن نصل إلى علم لتاريخ التشريع الإسلامي يماثل في المنهج وغزارة المادة وتنوعها وعمقها مستوى الدارسات التاريخية في النظم القانونية المعاصرة التي يمكن الإفادة منها في بناء هيكل لمقرر دراسي يقدم علم التاريخ التشريعي الإسلامي علي نحو مستوعب : يبتعد عن المثالب التي تعطل الإفادة منه ويحفز إلى تقدم التفكير الفقهي . ولعل من المفيد أن أشير إلى أن بعض الكليات القانونية الغربية تعطي شهادة الماجستير في تاريخ القانون الإنجليزي وحده ، بحيث يدرس الطالب مدة دراسته للماجستير موضوعات متعددة ومقررات دراسية تتناول موضوعات تاريخ القانون الانجليزي من زواياه المتعددة ، فهل آن الأوان أن تجد دراسة تاريخ التشريع الإسلامي مثل هذه العناية وهذا الاهتمام ؟ آمل أن تكون هذه الندوة بداية على الطريق الصحيح .

والله ولي التوفيق،،



تعقيب على الجلسة التاسعة
للدكتور / حسين يوسف غنايم *

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وبعد ،،،

لولا أن التكليف بالتعقيب خطيٌّ لخلتُ أنني قد أخطأت فهم المهمة الموكولة إليَّ إذ أنني مدعو للتعقيب في جلسة تحمل عنوان " تطوير الدراسة في مجال الأصول وتاريخ التشريع " يتحدث فيها أستاذان زميلان متخصصان في حين أن تخصصّي الدقيق بعيد عن هذا المجال .

وعلى أية حال ، فان تكليفي بالتعقيب قد أتاح لي فرصة الاستمتاع بما أتى به الزميلان من جهة والإدلاء ببعض الملاحظات المتعلقة بما دار في الندوة من جهة أخري، والله أسأل أن يلهمني الصواب فيما أنا ذاهب إليه .

ويهمّني في هذه العجالة أن أشير لما أورده أ.د. سراج من ضرورة التركيز على وظيفة تدريس تاريخ التشريع الإسلامي وأن أنبه إلى أهمية الإقتراحات التي أوردها والمتعلقة باعتماد بعض المعايير لما ينبغي أن يكون عليه تدريس هذه المادة ، فهي ملاحظات جديرة بالتقدير والإهتمام.

وإنطلاقاً من شغفي الدائم بمداعبة زميلي وأخي أ.د. خليفة بابكر ، فلن أترك هذه الفرصة تمر دون الإشارة إلى أنه قد تحدّث عن دمج الثقافتين القانونية والشرعية وروح الفصل بينهما تُعشعش في أعمق أعماقه ، فقد كان هاجسه الأول هو أي المنطقين ستكون له الحاكمية؟ منطق الفقه الإسلامي أم منطق القانون؟ متناسياً أننا لسنا سلطة تشريعية لنتخيُّر القاعدة التي ستحكم مسألة ما .

ومع ذلك ، فلا تفوتني الإشادة ببحث زميلي أ.د. خليفة وخاصة بالنسبة

لملاحظاته ، ومقترحاته المتعلقة بما ينبغي أن يكون عليه تناول موضوع أصول الفقه ، فهي مقترحات تتسم بالعمق والشمول وجديرة بالاهتمام .

وإذا أُتيح لي أن أتجاوز موضوعات هذه الجلسة إلي التعقيب على بعض ما دار من مناقشات في هذه الندوة بشكل عام فإنني أُشير إلى أن النقاش قد تمحور حول مسألة هامة تتجسّد في وجوب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بدلاً من القوانين الوضعية تأسيساً على أن القوانين في هذه المنطقة مستمدة منها وامتد نطاق هذا التوجه لنقد الخطط الدراسية في كل من جامعة الإمارات وجامعة قطر آخذاً علي هذه الخطط قلّة عدد الساعات المعتمدة التي قررتها لمساقات الشريعة الإسلامية قياساً بعدد الساعات المعتمدة المقررة للمساقات القانونية .

واسمحوا لي أن أتقدم بوجهة النظر المتواضعة التالية بهذا الخصوص :

(١) إن التوجه نحو تطبيق شرع الله في الأرض توجّه محمود بل هو خطاب موجّه إلينا جميعاً معشر المسلمين ، ولكنني أري أن الوصول إلي هذه الغاية لايتأتى من خلال الخطط الدراسية حتي لو اقتصر التدريس فيها على مساقات الشريعة الإسلامية ، فبلادنا العربية والإسلامية تحوي عدداً لابأس به من الكليات والمعاهد التي يقتصر التدريس فيها على الشريعة الإسلامية ، ومع ذلك لم يكتب لهذه البلاد أن تطبق أحكام الشريعة ، لأن الأمر يحتاج لانتهاج طرق أخرى ليس مكانها مثل هذه الندوة أو الخطط الدراسية .

(٢) إن بناء الخطط الدراسية ينطلق من حاجة الطالب للتزود بالمعلومات الكفيلة بتمكينه من مواجهة متطلبات عمله المستقبلي ، ومن هذا المنظور نرى أن تدور الخطة الدراسية لطالب الشريعة والقانون في فلكين رئيسين وهما :

أ - ضرورة إحاطته وفهمه لكافة التشريعات الصادرة في الدولة والتي تنظم

مسائل مختلفة .

ب - ضرورة تزويده بكافة المعلومات التي تُمكنه من مزاولة مهنته المستقبلية .

وفي نطاق الفلك الأول، دعوني أُقدّم سرداً لمجمل التشريعات الصادرة في دولة الإمارات العربية المتحدة :

- الدستور المؤقت .
- القانون الاتحادي رقم ١٧ لبسنة ١٩٧٢ وتعديلاته في شأن الجنسية وجوازات السفر .
- القانون الاتحادي رقم ١ لسنة ١٩٧٢ في شأن اختصاصات الوزارات وصلاحيات الوزراء .
- القانون الاتحادي رقم ٦ لسنة ١٩٧٣ في شأن الهجرة والإقامة .
- القانون الاتحادي رقم ٨ لسنة ١٩٧٣ في شأن الخدمة المدنية في الحكومة الاتحادية .
- القانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٧٣ بإنشاء المحكمة الاتحادية العليا وتعديلاته .
- القانون الإتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٧٣ في شأن المطبوعات والنشر وتعديلاته .
- القانون الاتحادي رقم ٥ لسة ١٩٧٥ في شأن السجل التجاري .
- القانون الاتحادي رقم ١٥لسنة ١٩٧٩ في شأن تنظيم شؤون الصناعة .
- القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ١٩٧٩ في شأن قمع الغش والتدليس في المعاملات التجارية .
- القانون الاتحادي رقم ٨ لسنة ١٩٨٠ ي شأن تنظيم علاقات العمل وتعديلاته.
- القانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٨٠ في شأن المصرف المركزي والنظام النقدي وتنظيم المهنة المصرفية .
- القانون الاتحادي رقم ١٨ لسنة ١٩٨١ في شأن تنظيم الوكالات التجارية .

- القانون الاتحادي رقم ٢٦ لسنة ١٩٨١ في شأن القانون التجاري البحري .
- القانون الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٣ في شأن السلطة القضائية الاتحادية وتعديلاته .
- القانون الاتحادي رقم ٨ لسنة ١٩٨٤ في شأن الشركات التجارية وتعديلاته .
- القانون الإتحادي رقم ٩ لسنة ١٩٨٤ في شأن شركات ووكلاء التأمين .
- القانون الاتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ في شأن المعاملات المدنية .
- القانون الإتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧ بإصدار قانون العقوبات .
- القانون الإتحادي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ بشأن الإجراءات المدنية .
- القانون الإتحادي رقم ٣٧ لسنة ١٩٩٢ بشأن العلامات التجارية .
- القانون الاتحادي رقم ٤٠ لسنة ١٩٩٢ بشأن حماية المصنفات الفكرية وحقوق المؤلف .
- القانون الإتحادي رقم ٤٣ لسنة ١٩٩٢ بشأن تنظيم المنشآت العقابية .
- القانون الاتحادي رقم ٤٤ لسنة ١٩٩٢ في شأن تنظيم وحماية الملكية الصناعية لبراءات الإختراع والرسوم والنماذج الصناعية .
- القانون الاتحادي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ بإصدار قانون المعاملات التجارية .
- القوانين الاتحادية المختلفة المتعلقة بمزاولة مهن : الطب ، والصيدلة ، ومراجعة الحسابات والمحاماة والترجمة ... الخ وذلك إلي جانب الاتفاقيات : سواء كانت دولية أم إقليمية أم ثنائية .

فكم هو عدد الساعات المعتمدة اللازم لإحاطة الطالب بهذه القوانين ؟ وحتي بالنسبة للقوانين المستمدة بصورة أو بأخري من أحكام الشريعة الإسلامية كقانوني المعاملات المدنية والعقوبات ، هل يمكن للطالب الإحاطة بهما دون دراسة نظريتي الإلتزام والنظرية العامة للجريمة ؟

أما في نطاق الفلك الثاني المتعلق بإعداد الطالب لمواجهة مستلزمات عمله المستقبلي ، فمن المعلوم أن خريج كلية الشريعة والقانون يُمكن أن يشغل واحدة من الوظائف في مواقع العمل التالية :

- القضاء الشرعي والمدني ٠
- النيابة العامة ٠
- الفتوى والتشريع ٠
- السلك الدبلوماسي ٠
- وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية ٠
- الشؤون القانونية بالوزارات ٠
- المحاماة ٠
- وزارة الداخلية ٠
- وزارة العمل والشؤون الاجتماعية ٠
- الشؤون القانونية في الشركات العامة والخاصة ٠

ويحضرني هنا أن خطة كلية الشريعة والقانون كانت تتضمّن مسارات مختلفة منها :

التخصص المنفرد في الشريعة

التخصص المنفرد في القانون

التخصص الرئيسي في الشريعة والفرعي في القانون ٠

التخصص الرئيسي في القانون والفرعي في الشريعة ٠

وقد شهدنا عزوف الطلاب عن التسجيل في تخصصات الشريعة نظراً لقلّة الفرص المتاحة لهم في سوق العمل ، الأمر الذي يؤكد أن المسألة ليست مسألة تخصيص عدد ساعات متساوية لكل من الشريعة والقانون في الخطة الدراسية وإنما